



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TICIANA CASTRO GARCIA LANDEIRO

**HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL
ESTRANGEIRA**

Salvador

2009



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL
ESTRANGEIRA

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, Faculdade de direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

Salvador

2009

TICIANA CASTRO GARCIA LANDEIRO

A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em: _____ de julho de 2009

BANCA EXAMINADORA

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

FREDIE DIDER JR.

Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado).

EDUARDO SODRÉ

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Substituto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A ARBITRAGEM	9
2.1 NOÇÕES GERAIS	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA	11
2.3 ARBITRAGEM INTERNACIONAL PRIVADA.....	12
2.4 A TESE DA ESPECIFICIDADE DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	13
2.5 DISTINÇÃO ENTRE ARBITRAGEM DO MESTICA E INTERNACIONAL.....	14
3. PRINCIPAIS FONTES DO PROCESSO HOMOLOGATÓRIO.....	16
3.1 LEI DE ARBITRAGEM.....	16
3.2 CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE.....	19
3.3 LEI MODELO UNCITRAL.....	22
3.4 OUTRAS FONTES INTERNACIONAIS.....	23
4. O PROCESSO HOMOLOGATÓRIO.....	24
4.2 NOÇÕES GERAIS.....	24
4.2 NATUREZA E FUNÇÃO DO PROCESSO.....	26
4.3 OUTROS SISTEMAS DE HOMOLOGAÇÃO.....	29
5. COMPETÊNCIA PARA HOMOLOGAR.....	29
5.1 A EC 45 E SUAS REPERCUSSOES.....	29

5.2 A RESOLUÇÃO Nº 9 DE 4 D EMAIO DE 2005.....	30
5.3 O PROCEDIMENTO.....	31
6. REQUISITOS NEGATIVOS DA HOMOLOGAÇÃO.....	33
6.1 EXCEÇÕES.....	34
6.1.2 INCAPACIDADE DAS PARTES.....	34
6.1.3 INVALIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL.....	37
6.1.4 FALTA DE NOTIFICAÇÃO E VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.....	41
6.1.5 SENTENÇA EXTRA OU ULTRA PETITA.....	45
6.1.6 SENTENÇA NÃO OBRIGATÓRIA, ANULADA OU SUSPensa.....	47
6.2 OBJEÇÕES.....	52
6.2.1 INARBITRABILIDADE DO LITÍGIO.....	52
6.2.2 VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA.....	56
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo revelar o panorama normativo e jurisprudencial brasileiro relativo à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Para tanto, analisou-se as principais fontes do processo homologatório no Brasil, quais sejam: a lei 9.307/96, conhecida como Lei da Arbitragem, e a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. De outro lado, tendo em vista a nova competência atribuída ao STJ para homologar sentenças peregrinas, perquiriu-se acerca do posicionamento do E. Tribunal relativamente aos requisitos negativos da homologação.

Palavras-chave: arbitragem internacional, homologação, sentença arbitral.

1. INTRODUÇÃO

A crescente participação de brasileiros no comércio internacional e no seu bojo a multiplicação de convenções de arbitragem implicam, por sua vez, aumento quantitativo de demandas homologatórias relativas a sentenças arbitrais estrangeiras. De fato, estatísticas da Câmara de Comércio Internacional mostram que o Brasil já ocupa o quarto lugar em participação nas arbitragens administradas pelo órgão.

Entretanto, de nada servirá a arbitragem se o comando exarado pela sentença arbitral não puder ser cumprido por falta de eficácia extraterritorial. Assim que, frequentemente, a efetividade da arbitragem internacional depende da importação da eficácia da sentença arbitral pelo ordenamento jurídico que se reporta. No Brasil, o reconhecimento e a execução de um laudo forasteiro somente têm lugar após o crivo das autoridades locais. Trata-se do processo homologatório.

Apenas com advento da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, o Brasil passou a dispor de um diploma legal voltado para a homologação de sentenças arbitrais peregrinas. A promulgação da referida lei inaugurou uma nova fase para a arbitragem no país, alinhando-o aos ordenamentos jurídicos mais avançados na matéria. Com efeito, a lei suprimiu a exigência do duplo exequatur e permitiu a citação realizada por outros meios que não a carta rogatória. Eliminaram-se assim, dois grandes entraves à homologação de laudos arbitrais forasteiros.

Em 2002 o Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras por meio do Decreto executivo 4.311. Por força do artigo 34 da Lei de arbitragem o tratado prevalece sobre a legislação doméstica, *in verbis*:

“A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.”

Ademais, a Convenção possui dispositivo no sentido de permitir às partes recorrer a outros tratados ou legislações, desde que mais favoráveis à homologação da sentença. É o que a doutrina chama de “cláusula do direito mais favorável.”

A ratificação, embora tardia, impulsionou mais uma vez o desenvolvimento do juízo arbitral no Brasil, pois aos olhos dos atores internacionais, trouxe a garantia de que laudos arbitrais estrangeiros serão devidamente reconhecidos e executados.

Ao lado disso, a Emenda Constitucional 45/04 retirou do STF a competência para homologação de sentenças estrangeiras transferindo-a ao Superior Tribunal de Justiça. Esta modificação trouxe avanços para a matéria devido ao caráter progressista do Egrégio Tribunal de Justiça. Nesse interím, o próprio Ministro Gilson Dipp em voto proferido no julgamento da SEC 856 afirmou:

“Considero que este Tribunal tem, a partir deste momento e a partir deste voto do Sr. Ministro-Relator, imensa responsabilidade em atualizar, modernizar, arejar a matéria sobre esse enfoque.”

Em que pese as palavras proferidas pelo ilustre ministro constata-se que a jurisprudência do STJ é ainda vacilante, especialmente no que concerne a interpretação requisitos negativos do pleito homologatório. Ora faz jus a sua reputação progressista (v.g. SEC 507; 874; 887); ora retrocede indeferindo pedidos de homologação sob o fundamento de ofensa à ordem pública (v.g. SEC 833; 866; 967).

Assim que, considerando a recente evolução legislativa e a incipiente jurisprudência nacional sobre a matéria fica patente a importância de se empreender um trabalho que busque sistematizar o tratamento dispensado pelo ordenamento pátrio à ação homologatória e suas consequências.

2. A ARBITRAGEM

2.1 NOÇÕES GERAIS

A arbitragem nas palavras do eminente processualista Carlos Alberto Carmona “é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença

judicial.”¹

Este conceito é bastante elucidativo, na medida em que descerra os principais caracteres da arbitragem: trata-se de forma heterocompositiva de solução de conflitos, pois a solução é dada por um terceiro imparcial denominado árbitro; a decisão arbitral, equiparando-se à sentença judicial, resta acobertada pela coisa julgada material, sendo, portanto, vinculante para as partes, que previamente determinaram-se neste sentido, exercendo sua autonomia privada.

Este último caractere possui extrema relevância, na medida em que repudia a alegação de inconstitucionalidade do instituto arbitral. De fato, em um primeiro momento poder-se-ia cogitar que a arbitragem exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, em frontal violação ao princípio da inafastabilidade do controle judicial estampado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Ora, nada impediu que as partes recorressem ao judiciário, no entanto estas optaram, por livre e espontânea vontade, submeter o litígio ao juízo arbitral.

Em outras palavras, a arbitragem “é uma opção, uma faculdade a mais posta a serviço dos sujeitos, jamais uma imposição, um dever, uma exigência.”²

Efetivamente, se os interesses em jogo forem patrimoniais e disponíveis, seu titulares possuem ampla liberdade para decidir de que forma solucionar o conflito, pois neste campo impera a autonomia da vontade.

Optando pela arbitragem como meio de solução do conflito, as partes devem, então, instituí-la através de um negócio jurídico, genericamente denominado convenção de arbitragem. Segundo o momento em que é pactuada, esta convenção se classifica em cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Ao passo que a cláusula compromissória é instituída de forma abstrata e previamente ao surgimento do conflito, o compromisso arbitral submete uma controvérsia já existente (concreta) ao juízo arbitral.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Fundamentalmente são três as teorias que tentam explicar a natureza jurídica da

¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p 33

² BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. **Lei da Arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9

arbitragem. De um lado, a teoria privatista ou contratualista, segundo a qual a autonomia da vontade configura elemento preponderante na arbitragem que, portanto, não possui caráter jurisdicional. Nesse esteio, o laudo seria obrigatório em decorrência do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Filiando-se a esta corrente, Luiz Guilherme Marinoni³ vê na arbitragem uma forma de renúncia à jurisdição decorrente da manifestação da autonomia da vontade dos contendores.

Entretanto, hodiernamente, a maior parte da doutrina e também este trabalho, esposam-se à teoria publicista ou jurisdicionalista que enxerga na arbitragem verdadeira jurisdição, exercida por particulares e autorizada pelo Estado. Fredie Didier Junior sintetiza com maestria esta doutrina:

Ao escolher a arbitragem o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado. É possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio do seu exercício.

Outrossim, Uadi Lammêgo Bulos e Paulo Furtado defendem a natureza jurisdicional da arbitragem por entenderem presentes neste todas as características da jurisdição: autoridade, pois o árbitro diz o direito com a mesma intensidade que o faz o órgão estatal; substitutividade, pois a atividade do árbitro substitui a dos contendores e, por fim, existência de interesses em conflito e efetiva presença do contraditório. (p. 17)

Efetivamente, não é outra a conclusão a que se chega pela leitura de diversos dispositivos da Lei 9.307/96, diploma que instituiu o juízo arbitral. De fato, conforme dispõe o artigo 31 da mencionada lei “*a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*”. Em outras palavras, a lei expressamente equiparou o laudo arbitral a uma sentença judicial. Além disso, o artigo 18 afirma ser o árbitro juiz de fato e de direito e, ainda determina que a sentença arbitral prescinde de homologação do judiciário para que possa surtir efeitos.

Há ainda uma terceira corrente de natureza mista, que sem negar a função jurisdicional da arbitragem, reconhece sua origem contratual. Para Irineu Strenger este caráter

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, (ano), p.147 e segs.

misto encontra amparo na própria definição de arbitragem, que segundo o autor “*é instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.*”

Por fim, cumpre destacar o posicionamento autônomo de Carlos Alberto Carmona acerca da natureza jurídica do instituto arbitral que a seguir se transcreve:

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica da realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo a idéia de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas correntes.

[...]

O fato é que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial.

Dessa forma, o autor, embora propugne o pouco valor prático da discussão em comento, concede que a opção do legislador brasileiro contribuiu para o fortalecimento do instituto arbitral, o que era desejável.

2.3 ARBITRAGEM INTERNACIONAL PRIVADA

A evolução tecnológica acentuando as necessidades de cooperação internacional, a fragmentação do processo produtivo em busca de maior eficiência e redução de custos, a formação de blocos comerciais de integração regional são alguns dos fatores que levaram ao aumento considerável das relações comerciais transnacionais nos últimos tempos. (CAIVANO, Roque arb com. Int. p 144)

Destas relações surge, inexoravelmente, um sem número de conflitos, todos de caráter transnacional e, em razão desta internacionalidade não podem/devem ser solucionados da mesma maneira que o são os conflitos internos.

É bem verdade que, a complexidade dos litígios decorrentes dos negócios internacionais, realizados por meio de contratos extremamente técnicos e especializados,

demandam do órgão pacificador o conhecimento correlato.

Outrossim, é verdade que, seria uma tarefa hercúlea para o magistrado estar a par de todas as questões que lhe são postas. Especialmente, as relativas ao comércio internacional que exigem alguns anos de estudo, tempo que os juízes não têm.

A arbitragem aparece, então, como auxílio desejável, por meio da figura do árbitro, escolhido justamente por dominar o conhecimento técnico necessário ao deslinde da causa. Tornando-o mais célere e, conseqüentemente, menos custoso para as partes.

Ademais, como bem salienta Beat Walter Rechsteiner: (p. 29) “*nos casos com conexão internacional sempre existe uma certa desconfiança das partes em se sujeitarem aos tribunais estatais na domicílio ou na sede da parte contrária.*” Assim que, no contexto internacional, a opção pela arbitragem protege a parte dos inconvenientes de um procedimento judicial estrangeiro, cuja legislação desconhece ou reputa como inadequada, ou ainda pela presença de normas tendentes a proteger a parte nacional.

Fique registrado que, não se trata aqui de defender a idéia, segundo a qual a arbitragem representaria a panacéia para os males do Poder Judiciário, mas tão somente demonstrar a melhor adequação do instituto arbitral às necessidades do comércio internacional.

E essas necessidades são tão peculiares e relevantes que acabaram por formar a base da teoria da especificidade da arbitragem internacional.

2.4 A TESE DA ESPECIFICIDADE DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Hodiernamente, é cediço na doutrina nacional e internacional, a tese da “spécificité de l’arbitrage international”⁴ Esta especificidade consiste, fundamentalmente, em desvincular a arbitragem internacional das tradições nacionais, superando, assim, as divergências entre os diversos ordenamentos jurídicos do mundo. Neste diapasão, Axel Baum, membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, pontua:

[...] the arbitration community, faced with a tangle of opposing theories,

⁴ 37FOUCHARD, Philippe, Introduction: spécificité de l’arbitrage international, *Revue de l’arbitrage*, 1981, p. 449. In

principles and procedures, has, by way of experience and a pragmatic approach, been able to develop a generally acceptable “menu” of procedures [...] Equally important, such “menu” is divorced from any national rules or any one system of law.⁵

Concretamente, a tese da especificidade implica em que as partes podem optar por um conjunto de regras sem qualquer referência às normas processuais de um país específico. Este conjunto de regras desvinculado de sistemas legais de qualquer país foi denominado pela doutrina de *lex mercatoriat*. Na lição de Fabio Borlotti, ela consiste num sistema jurídico supranacional “*distinto e autônomo em relação aos direitos estatais, aplicável diretamente aos contratos do comércio internacional em lugar das disposições dos direitos nacionais.* (*carmona, . 84*)

Maria Helena Diniz, por sua vez, conceitua a *Lex Mercatoriat* como um direito corporativo autônomo, decorrente do comércio internacional. A eminente doutrinadora acrescenta afirmando que “*a new Merchant Law seria um direito transnacional, construído no interior da sociedade internacional mediante usos ou práticas uniformes no comércio internacional*”.⁶

Finalmente, Irineu Strenger aponta que esta aglomeração coerente de normas, que é a *lex mercatoriat*, emana de entidades particulares, organismos internacionais, ou de origem convencional, de natureza ‘quase-legal’, que atuam desvinculadas das jurisdições locais.

2.5 DISTINÇÃO ENTRE ARBITRAGEM DOMÉSTICA E INTERNACIONAL

A definição da internacionalidade da arbitragem é imprescindível na medida em que, apenas à sentença resultante de uma arbitragem internacional, se impõe o regime da homologação, a fim de que produza seus efeitos no território nacional.

A arbitragem internacional pode ser definida segundo critérios jurídicos ou econômicos. De um lado o critério econômico, trata-se de regra material que considera internacional a arbitragem que põe em jogo os interesses do comércio internacional. Este é o

⁵ BAUM, Axel. **International Arbitration: the Path towards Uniform Procedures**. Liber Amicorum in honour of Robert Briner, 2005. p. 55

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e prático dos contratos**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 539.

critério adotado, *verbi gratia*, pela Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacionais e pela França, conforme disposição expressa contida no artigo 1.492 do “*Nouveau Code de Procédure Civile*”, segundo o qual é internacional a arbitragem “*qui mettent en cause les intérêts du commerce international*”; e ainda pela Jurisprudência Mattern de 1927 “*peu importe la divergence de nationalité, la seule chose qui compte c’est le déplacement des marchandises au-delà de frontières*”.

Este critério se mostra, contudo, demasiadamente vago, o que por sua vez, pode gerar incerteza e dificuldade quanto a sua aplicação.

De outro viés, o critério formal define a internacionalidade da arbitragem segundo a presença ou não de elementos de ligação com o estrangeiro (é o que a doutrina francesa denomina *éléments d’extranéité*), como a sede do tribunal, o procedimento arbitral, ou ainda, o domicílio das partes.

Ocorre que a adoção de um critério formal muitas vezes conduz a distorções. É o caso do critério fixado pela legislação brasileira segundo o qual, “*considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional*” (Lei 9.307/96, art.34, par.único). Conforme este preceito, uma arbitragem realizada no Brasil, posto que inteiramente “internacional” prescindirá de homologação para obter eficácia no território nacional. Por outro lado, a arbitragem que for realizada no estrangeiro, mesmo que materialmente doméstica, não terá efeitos no país a menos que seja homologada. Estes são, portanto, os inconvenientes do critério jurídico. Como bem salienta José Alexandre Tavares Guerreiro:

“resulta claro que os critérios de nacionalidade, dizendo respeito às partes, ao próprio foro arbitral ou aos árbitros, não servem como critério definitivo para a determinação do caráter internacional da arbitragem”.⁷

Por sua vez, Pedro A. Batista Martins destaca que, não tendo o Brasil tradição na utilização do instituto a arbitragem, o pragmatismo do legislador nacional parece propiciar uma maior segurança jurídica, porquanto pacifica eventuais controvérsias sobre a definição de

⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares . **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**, São Paulo, Saraiva, 1993, pág.122

sentença arbitral estrangeira.

Por fim, João Bosco Lee⁸ propõe uma aplicação alternativa dos critérios objetivos e econômicos a fim de evitar os inconvenientes de cada critério. Dessa forma, arbitragem será internacional se uma das partes residir ou tiver estabelecimento no estrangeiro, ou se o litígio puser em jogo os interesses do comércio internacional. Cumpre citar que este método alternativo foi o adotado pela lei modelo da UNCITRAL.

3. PRINCIPAIS FONTES DO PROCESSO HOMOLOGATÓRIO

3.1 LEI DE ARBITRAGEM (Lei 9.307/96)

Até a edição da lei 9.307/96 não havia na legislação interna brasileira dispositivo que disciplinasse a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Assim que, objetivando-se preencher esta lacuna, o STF equiparou as sentenças arbitrais estrangeiras às decisões judiciais forasteiras, aplicando-se às primeiras o mesmo regime homologatório previsto para as segundas.

Por conseguinte, o processo de homologação dos laudos arbitrais era disciplinado pelo artigo 483 do CPC, com seus requisitos estabelecidos nos artigos 15 e 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/42), e seu procedimento, nos artigos 215 e seguintes do Regimento Interno do STF.⁹

A Lei 9.307/96 é o resultado de um anteprojeto elaborado por Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins e Carlos Alberto Carmona. Nesse mister, tomou-se como parâmetro a Convenção de Nova Iorque e a lei modelo da Uncitral. Dessa forma, o Brasil passou a integrar o restrito conjunto de países com legislação arbitral moderna sem, contudo, romper com as tradições jurídica locais.

A promulgação da lei gerou inúmeras discussões acerca da sua

⁸ LEE, João Bosco **Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: LTR, 1999., pág. 280

⁹ FERNANDES, Micaela Barros. **Laudos Arbitrais Estrangeiros. Reconhecimento e Execução. Teoria e prática**, Curitiba: Juruá, 2004, pág. 93 e segs.

constitucionalidade. Alegava-se violação aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural elencados respectivamente nos incisos XXXV e XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Finalmente, em 2001 a matéria foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o agravo regimental contra homologação da sentença estrangeira nº 5.206-7, em que a Suprema Corte decidiu, incidentalmente, pela constitucionalidade da mencionada lei.

É lícito afirmar que a promulgação da Lei de arbitragem foi o marco inicial dentro do contexto evolutivo da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Com efeito, o aludido diploma legal eliminou os dois maiores entraves ao reconhecimento de laudos arbitrais peregrinas: a exigência de dupla homologação e a citação realizada por carta rogatória. Em outras palavras, conforme preceitua o artigo 35, o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira submete-se *unicamente* à homologação do Supremo Tribunal Federal (leia-se STJ). Ainda, o artigo 39 dispõe que *não será considerada ofensa à ordem pública a citação realizada nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem*.

A exigência do duplo exequatur justificava-se antes do advento da Lei em apreço, tendo em vista a inexistência de normatização relativa à homologação de sentença arbitral estrangeira. Deste modo, antes da supracitada lei, o STF condicionava o exequatur de laudos arbitrais ao prévio chancelamento pelas autoridades do local da realização da arbitragem, a fim de que adquirissem o status de sentença judicial, e serem reconhecidas como tais pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalte-se que, em 1º de dezembro de 1999, por ocasião do julgamento da SEC 5847, o Supremo Tribunal Federal veio a confirmar o mandamento exarado pelo artigo 35 da Lei de Arbitragem, suprimindo a exigência do duplo exequatur, consoante se depreende do voto do Exm. Ministro Sepúlveda Pertence, que a seguir se transcreve:

A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à sentença judicial, pela nova Lei de Arbitragem já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela justiça do país de origem.

Outro dispositivo de grande relevância na matéria é o artigo 34 que estabelece a

primazia dos tratados internacionais sobre a legislação doméstica no que tange o reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras, *in verbis*:

A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Neste interím, cabe tecer algumas considerações acerca do posicionamento dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. Analisando-se as normas constitucionais atinentes à recepção de tratados internacionais verifica-se que o legislador constituinte tratou de forma insuficiente a questão.

Corroborando este entendimento Pedro Dallari assevera:

As poucas e esparsas normas formais relacionadas ao tema não permitem que a regra brasileira de regência da matéria detenha os atributos de clareza, precisão, harmonia e exatidão essenciais à configuração de um verdadeiro sistema, mesmo porque nem sequer são convergentes.¹⁰

Diante da ausência de um tratamento sistemático, pode-se afirmar que, genericamente, no Brasil a matéria é disciplinada pela via jurisprudencial. Assim que, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário 80.004-SE em 1977 o STF estabeleceu a paridade hierárquica entre tratado e lei ordinária, consagrando dessa forma a tese do monismo moderado. Na hipótese de conflito entre suas normas aplicar-se-á o princípio *lex posterior derogat prior*.

A contrario sensu, em matéria de extradição, bem como para os acordos do GATT, a própria Suprema Corte admite a prevalência das regras internacionais. (para os acordos do GATT este entendimento foi sumulado, súmula 575). Por sua vez, o Código Tributário nacional dispõe em seu artigo 98 que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevinha”. A última hipótese excepcional encontra-se justamente na Lei de Arbitragem que determina expressamente em seu artigo 34 a primazia dos tratados internacionais em matéria de reconhecimento, sendo lhe aplicável, portanto, a tese monista radical.

¹⁰ DALLARI, Pedro. Constituição e Tratados Internacionais. São Paulo, Saraiva, 2003 p. 45-46

Pedro A. Batista Martins justifica esta situação de excepcionalidade preconizada pela lei 9.307.96 da seguinte forma:

“esse dispositivo visa certa homogeneização das regras legais expressas em outros ordenamentos, de modo a otimizar, estabilizar e dar maior segurança aos negócios e atos jurídicos internacionais.”

Finalmente, a lei 9.307/96 posto que aclamada pelos atuantes no âmbito da arbitragem, não restou imune a críticas. Com efeito, critica-se a ausência de uma disciplina específica para as arbitragens internacionais que, tendo em vista as necessidades do comércio internacional, reclamam tratamento mais liberal comparativamente às arbitragens domésticas. Em outras palavras, afirma-se que a adoção do método monista ignora as especificidades inerentes à arbitragem comercial internacional prejudicando o seu desenvolvimento e expansão. Nesta linha de raciocínio João Bosco Lee defende que:

A adoção de um sistema que, apesar de monista, dedicasse regras específicas à arbitragem internacional, definindo o seu âmbito de aplicação, teria implementado uma melhor coordenação legislativa. Na ausência de tais dispositivos cabe à jurisprudência completar as lacunas e sanar as contradições, para que a arbitragem se desenvolva e encontre na prática, o respaldo tão almejado.¹¹

3.2 A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

A Convenção de Nova Iorque de 10 de junho de 1958 sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras é incontroversamente, o instrumento convencional de maior relevância na matéria, conseqüência de uma ampla aceitação pela comunidade internacional. De fato, o referido tratado conta atualmente com a adesão de 144 Estados nacionais.

No Brasil a ratificação ocorreu apenas em 7 de junho de 2002, integrando-se ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto-lei n 52 de 25 de abril de 2002 e pelo decreto n 4.311 de 23 de julho de 2002, passou a vigor em 5 de setembro de 2002. A ratificação tardia da convenção de Nova Iorque pelo estado brasileiro deve-se a uma antiga discussão acerca da natureza da sentença arbitral que, para alguns, não poderia ser assimilada

¹¹ LEE, João Bosco **Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: LTR, 1999., pág. 204

à natureza de um julgamento.

O aludido tratado operou uma verdadeira uniformização na matéria ao restringir as exigências para se obter o *exequatur* de uma sentença arbitral forasteira a um elenco taxativo. Com efeito, o artigo V estabelece *numerus clausus* quais as situações passíveis de ensejar a recusa da homologação.

O escopo da convenção é facilitar a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras. Por este motivo a doutrina especializada afirma que impera no referido instrumento o “princípio da eficácia máxima da arbitragem”. Assim que, visando a concretização deste postulado, criou-se uma série de princípios e regras que serão explicitados a seguir:

A. Regra do direito mais favorável

Conforme a regra do *more favourable right provision*, o sujeito que busca o reconhecimento da sentença arbitral num país signatário da Convenção, poderá fazê-lo com base em outros acordos ou tratados, ou ainda amparado por lei nacional, desde que sejam mais favoráveis ao reconhecimento da sentença. Esta norma está expressamente prevista no artigo VII, 1, da referida convenção, *ipsis litteris*:

As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei e pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

Trata-se de norma de suma importância prática, pois como será visto mais adiante, quando da análise dos requisitos negativos da homologação, em diversas oportunidades a legislação interna conta com uma redação menos exigente que a da Convenção de Nova Iorque, ensejando, portanto, a aplicação da regra em comento.

Não obstante, percebe-se que a regra do *more favourable right provision* não pode, em absoluto, servir como justificativa para não aplicar uma causa obstativa. Assim que, seu emprego deve ser feito nos estritos limites autorizados pela convenção, sob pena de se jogar por terra todo o esforço empreendido pela referida convenção, no sentido de uniformizar as regras relativas ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

B. Inversão de ônus da prova.

Fredie Didier Junior leciona que “a expressão ônus da prova sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais (regras de conduta): as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado (regra de julgamento).”¹²

De acordo com o Código Processual Civil brasileiro, à parte que fizer as alegações de fato, recai o ônus de fornecer os elementos de prova destas alegações. Optou o legislador pela teoria da distribuição estática do ônus da prova, que distribui prévia e abstratamente o encargo probatório. (art. 333 do CPC)

Excepcionando-se à esta regra genérica do ônus da prova, a Convenção de Nova Iorque faz recair sobre o réu do processo homologatório, o encargo de demonstrar a improcedência do pleito homologatório ajuizado pelo autor.

Esta forma de distribuição excepcional é chamada de inversão *ope legis*, isto é, a inversão determinada por lei. Nesse ínterim, impende destacar o pensamento do professor Fredie Didier, segundo o qual, neste caso, não há propriamente inversão, “mas tão-somente uma exceção normativa ao ônus da prova”. Em outras palavras, “toda inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de presunção legal relativa.”

Partindo-se dessas premissas, é lícito afirmar, portanto, que a supracitada convenção estabelece verdadeira presunção de legitimidade do laudo estrangeiro, consubstanciada no fato de imputar ao réu o ônus de provar o contrário.

Corroborando tal pensamento, João Bosco Lee arremata¹³:

Existe uma inversão na presunção de efetividade da sentença arbitral, ao seja, parte-se do princípio de que a sentença arbitral estrangeira sempre tem condições de ser homologada até que se prove em contrário.

¹² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial e antecipação dos efeitos da tutela, vol. 2, 4^oed, 2009, pág. 309.pág. 76.

¹³ LEE, João Bosco. **A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem.** In Arbitragem – estudos em homenagem ao professor Guido Fernando da Silva. P. 161

C. Homologação obrigatória

Conforme o artigo III da Convenção de Nova Iorque os Estados contratantes se obrigam a reconhecer a autoridade da sentença arbitral, que será executada segundo as regras procedimentais do território no qual a sentença é invocada. Em outras palavras, se a sentença que se pretende homologar preenche os requisitos constantes na aludida convenção, a autoridade judiciária do país *a quo* resta obrigada a conceder a chancela judicial.

Saliente-se que, apenas o concernente a forma procedimental para se obter esta chancela, a convenção deixa a cargo da legislação interna do Estado em que se busca o reconhecimento. Neste passo, Robert Briner, ex-Presidente da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional assinala que:

Contracting States certainly possess discretion with respect to minor ministerial matters, such as the amount of filing fees or rules about where enforcement motions must be brought. However, no clear support exists for the proposition that the 'procedure where relied upon' language was intended to serve as a backdoor escape from recognition of legitimate foreign awards. Read in context, the 'rules of procedure' language in Article III of the New York Convention gives contracting States latitude in fashioning the practical mechanics of award enforcement. The provision indicates that the process for obtaining award enforcement or recognition is flexible, being determined by local procedures. This language relates to *how* recognition will be granted, not *whether* recognition will be granted at all.¹⁴

3.3 LEI MODELO DE ARBITRAGEM (UNCITRAL)

A Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (United Nations Commission for the international trade law) foi criada pela Assembléia Geral da Nações Unidas através da resolução 2205 de 17 de novembro de 1966. Desde então tem exercido um importante papel no que tange a harmonização e modernização do direito do comércio internacional.

A Lei Modelo, de 21 de junho de 1985, foi desenvolvida com o escopo de auxiliar os Estados que desejem criar ou modernizar suas leis internas de arbitragem. Um estudo

¹⁴ BRINER, Robert. New York Convention-Philosophy and Objectives of the Convention.. ICC International Court of Arbitration bulletin ,vol 9, no. 2.

realizado pelo Professor Pieter Sanders¹⁵ revela que o impacto da Lei Modelo foi tamanha que, após sua edição, quase nenhum Estado que tenha modernizado sua legislação interna teria deixado de levá-la em consideração.

Deveras, a Lei Modelo foi negociada através de um processo internacional envolvendo entidades arbitrais e experts na área, além de Estados-membros da ONU representando, assim, diversas tradições jurídicas. *It reflects worldwide consensus on key aspects of international arbitration practice having been accepted by States of all regions and the different legal or economic systems of the world.*¹⁶

A Lei-Modelo de Arbitragem, preparada em regime de consultas com entidades arbitrais e experts internacionais da área, com o objetivo de poder ser aceita e adaptada pelos Estados e assim contribuir para o desenvolvimento harmônico das relações comerciais e a criação de um framework internacional. A Lei-Modelo, em 36 artigos, se aplica à arbitragem comercial internacional, ficando esclarecido, que ao termo ‘comercial’ é dada uma ampla interpretação, para cobrir todas as relações de natureza comercial, sejam elas contratuais ou não.

3.4 OUTRAS FONTES INTERNACIONAIS

O primeiro tratado a nível mundial sobre arbitragem foi o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 24 de setembro de 1923. Este tratado reconhece expressamente a validade da cláusula compromissória em se tratando de uma arbitragem internacional. Foi a Câmara de Comércio Internacional a principal responsável pela sua elaboração. O Brasil ratificou o aludido protocolo em 1932 integrando-se ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto 21.187 de 22 de março de 1932. Interessante notar que, o STJ ao julgar o recurso especial n 616, de 13 de agosto de 1990, fez prevalecer a referida convenção - no que tange a suficiência da cláusula arbitral para afastar a jurisdição estatal - em detrimento da lei nacional, que segundo as normas do CPC de 1973 assegurava esta eficácia apenas ao compromisso.

A. No âmbito da América Latina

¹⁵ SANDERS, Pieters. Arbitration International. LCIA, vol. II n1, 1995

¹⁶ Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/V0650941.pdf>

A convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 30 de janeiro de 1975 foi aprovada mediante o Decreto Legislativo 90 e promulgada pelo Decreto 1.902 de 9 de maio de 1996. reproduz substancialmente as normas da convenção de Nova Iorque.

Por seu turno, a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevideú, de 8 de maio de 1979, aprovada mediante o Decreto Legislativo 93 de 20 de junho de 1995, e promulgada pelo Decreto 2.411, de 2 de dezembro de 1997, remete às normas da convenção interamericana de 1975.

B. No âmbito da América do Sul

Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, comercial, Trabalhista, e Administrativa, de 27 de junho de 1992. Relativo ao reconhecimento e à execução de sentenças estrangeiras e laudos arbitrais pronunciados em matéria civil, comercial e trabalhista. Entretanto, sua relevância prática é diminuta porquanto todos os membros do bloco ratificaram a Convenção de Nova Iorque, estando vinculados, por conseguinte ao padrão internacional.

C. Outros acordos

Além dos aludidos tratados multilaterais, o Brasil é parte em diversos acordos bilaterais, dos quais serão citados apenas os mais relevantes.

Acordo de Cooperação Judiciária em matéria Civil entre os Governos da República Federativa do Brasil e da República francesa, incorporado na ordem interna através do Decreto Legislativo 163, de 03 de agosto de 2000 e promulgado pelo Decreto 3.598, de 12 de setembro de 2000. Este acordo revogou expressamente a Convenção de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, celebrada com a França em 30 de janeiro de 1981. A referida convenção regulou pela primeira vez o reconhecimento de laudos arbitrais proferidos num país europeu. Por conseguinte, tratava-se de instrumento de grande importância prática tendo em vista os laudos proferidos pela Câmara de Comércio Internacional, mormente diante da não ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque, situação que perdurou até 2002.

Seguindo as mesmas matizes do acordo celebrado com a França, cumpre citar o

Convênio de Cooperação Judiciária em matéria Civil entre os Governos da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, introduzido à ordem interna por meio do decreto legislativo 31, de 16 de outubro de 1990 e promulgado pelo executivo por meio do Decreto 166, de 03 de julho de 1991. Outrossim, o Tratado relativo à Cooperação Judiciária e ao reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, integrando-se ao direito nacional pela aprovação do legislativo consubstanciada no Decreto 78, de 20 de novembro de 1992 e promulgado pelo Decreto Executivo 1.476 de 02 de maio de 1995.

4. PROCESSO HOMOLOGATÓRIO

4.1 NOÇÕES GERAIS

Frequentemente a efetividade da tutela jurisdicional prestada através de uma arbitragem depende da extensão da eficácia deste julgado para além dos limites territoriais do Estado onde proferido. Sucede que, para que uma sentença alienígena seja eficaz no Estado brasileiro, faz-se imperativo seu prévio reconhecimento pela autoridade competente, o que é feito através do processo homologatório ou *exequatur*.

Nas palavras de Roque J. Caivano:

El exequatur es el trámite procesal a través del cual la justicia estatal ejerce un control sobre algunos de los elementos y de los aspectos del laudo arbitral, y cuyo objeto es obtener una declaración judicial em el sentido que la sentencia extranjera posee las condiciones exigidas por la ley interna o el tratado que resulte aplicable, para ser ejecutable.¹⁷

Efetivamente, conforme se depreende da leitura do caput do artigo 483 do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*, “a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal,” vê-se logo que, a função do processo homologatório é possibilitar a irradiação dos efeitos da sentença estrangeira em território nacional.

¹⁷ CAIVANO, Roque J.. **Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros**. In Arbitragem Comercial Internacional. São Paulo: Ltr, 1998, pág.155.

No Brasil, a homologação se dá por meio de juízo deliberatório. Delibar, do latim *delibare*, significa provar, avaliar.¹⁸ Deste modo, o processo homologatório se presta a avaliar se a sentença arbitral peregrina está apta para ingressar no ordenamento jurídico nacional.

Assim que, a fim de decidir sobre esta aptidão, o órgão competente verificará se foram atendidos certos requisitos impostos por lei. Em derredor do atendimento ou não desses requisitos que se erigem as questões de mérito do processo homologatório.

Descerrando a questão cognitiva no juízo deliberatório André Albuquerque Abbud leciona:

No juízo deliberatório a *cognitio* desempenhada pelo magistrado é limitada em sua extensão, isto é, horizontalmente, pois tem sua área de incidência permitida restrita às questões jurídicas ou fáticas relativas aos exclusivos requisitos legais a que subordinada à homologação. Em perspectiva vertical, no entanto, a cognição sobre essas específicas questões não é superficial, ou sumaria, mas profunda, ou exauriente, na medida em que o juiz não está sujeito a condicionamentos no trabalho intelectual voltado ao deslinde das questões cognoscíveis.¹⁹

4.2. FUNÇÃO E NATUREZA DO PROCESSO HOMOLOGATÓRIO

O Exm. Ministro Celso de Mello descerrou a natureza do processo de homologação no Brasil em voto proferido por ocasião da SEC 7.473, de 07 de abril de 1995, que a seguir se transcreve:

O processo de homologação de sentença estrangeira reveste-se de caráter constitutivo e faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada. A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo Estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial.

- O sistema de controle limitado que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira não permite que o Supremo Tribunal Federal, atuando como Tribunal do foro, proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, ao exame da matéria de fundo ou a

¹⁸ Novo dicionário Aurélio.

¹⁹ ABBUD, Carlos de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, pág 125.

apreciação de questões pertinentes ao *meritum causae*, ressalvada, tão-somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Não se discute, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira homologanda.

Por sua vez, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud explica a função do juízo deliberatório através da teoria da *condicio iuris*. Segundo esta, a delibação nada mais é do que uma condição legal para que a sentença forasteira irradie seus efeitos em território nacional. Note-se bem que, a decisão homologatória não concede novos efeitos ao *decisum* estrangeiro, mas apenas autoriza sua eficácia no país *ad quem*. Nesse passo, fundamental a explanação de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud:

A solução do conflito de direito material é dada pelo julgado estrangeiro; somente a irradiação dos efeitos desse ato no território nacional é condicionada pela lei à satisfação e determinados requisitos. A doutrina apreende, assim, a homologação como evento futuro e incerto a cuja ocorrência se subordina à importação da eficácia do *decisum* peregrino, isto é, como uma *condicio iuris*.²⁰

Dessa forma, conclui-se que o mérito da decisão homologanda não se identifica com o mérito da decisão homologada, porquanto esta se reporta à pretensão de direito material, enquanto a segunda refere-se à irradiação dos efeitos do julgado estrangeiro.

Por oportuno, cabe transcrever trecho da ementa, relativo ao julgamento da SEC 507, em 18 de outubro de 2006, que corrobora com o entendimento aqui explicitado:

“O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais. Isto significa dizer que o objeto da delibação na ação de homologação de sentença estrangeira não se confunde com aquele do processo que deu origem à decisão alienígena, não possuindo conteúdo econômico. É no processo de execução, a ser instaurado após a extração da carta de sentença, que poderá haver pretensão de cunho econômico.”

Por tudo quanto exposto, pode-se afirmar a natureza contenciosa do processo homologatório, não obstante a existência de vozes de menor expressão, que o apreendem

²⁰ Op.Cit. pág.81

como hipótese de jurisdição voluntária. Argumentam que, o órgão competente para conceder o *exequatur* apenas fiscaliza a regularidade da sentença estrangeira sem que haja lide a ser apreciada. Isto é, ao juiz cabe tão somente verificar a presença de certos requisitos a que a lei subordina a homologação.

Em que pese a situação de contenciosidade limitada do processo homologatório, decorrente da limitação horizontal de questões passíveis de serem conhecidas pelo juiz, não se pode negar sua natureza litigiosa, na medida em que todo o processo é qualificado pelo contraditório.

Com efeito, o entendimento segundo o qual a homologação é meramente atividade administrativa peca por olvidar que no processo homologatório é plenamente possível, e até ordinário, que o réu se oponha a demanda, instaurando-se neste momento litígio acerca da liberação dos efeitos da decisão forasteira. Ademais, conforme demonstrado, o mérito da decisão homologanda não se identifica com o mérito do processo homologatório.

Nesse sentido, como bem aponta Flávia Pereira Hill “é por esta razão que a decisão proferida pelo E. STJ que homologa sentença estrangeira é sempre constitutiva, independentemente da natureza da sentença homologanda [...]. Isso porque a sentença homologatória irá sempre criar uma situação jurídica nova, notadamente possibilitar que a sentença estrangeira produza seus regulares efeitos no Brasil”.²¹

Neste diapasão, muito se discutiu a fim de saber se a sentença homologatória é necessária para a liberação de todos os efeitos da sentença estrangeira, ou se ao contrário haveriam efeitos independentes da homologação.

Consoante José Carlos Barbosa Moreira apenas para manifestar sua exeqüibilidade a sentença precisa ser homologada, por sua vez, o reconhecimento pode se verificar mediante delibação incidental, caso em que o pronunciamento estrangeiro serve como fundamento da decisão do órgão judicial competente para a causa.²²

Entretanto, parte da doutrina nega a possibilidade do juízo deliberatório se

²¹ HILL, Flávia Pereira. **A homologação de sentença estrangeira de acordo com a Resolução nº do STJ.** Revista Dialética de Direito Processual, n. 53, agosto 2007, p.68

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v.7, n.37set/out 2005. pág. 5-12.

manifestar em caráter incidental. Este posicionamento parece se coadunar melhor com o quanto estabelecido no artigo 483 do código de Processo civil brasileiro. Ademais, toda questão examinada *incidenter tantum* jamais se reveste da autoridade da coisa julgada (art.469, CPC), sendo, portanto, incoerente se falar em reconhecimento em tais hipóteses.

A par disso, não se nega que a sentença estrangeira, por se corporificar num documento, pode constituir elemento de prova, a depender do valor que lhe atribua o juízo brasileiro, de acordo com seu livre convencimento (art. 131, CPC). Fala-se, então, em eficácia probatória do provimento estrangeiro, que nada tem haver com eficácia decisória, restando esta, inexoravelmente, ligada à homologação.

Finalmente, cumpre esclarecer a distinção entre reconhecimento e execução, uma vez que os textos normativos trazem sempre ambas expressões juntas, como se refletissem uma mesma realidade.

Ensina Pedro A. Batista Martins que:

Enquanto com o requerimento de reconhecimento de sentença estrangeira o sujeito atua na retaguarda, defendendo o direito de que é titular e que pretende ter assegurada a sua defesa em outra jurisdição, no pedido de execução o interessado age de forma pró-ativa, no front, visando o exercício de um direito concreto e válido ainda pendente de cumprimento pelo obrigado.²³

De outro modo, pode-se dizer que “execução” restringe-se à atividade jurisdicional consistente na prática de atos materiais destinados a dar eficácia concreta a sentença. Em contrapartida, para qualquer outro efeito da sentença dá-se o *nomen juris* de “reconhecimento”. Em todo caso, perceba-se que entre reconhecimento e execução há uma relação de gênero e espécie, de modo que, o reconhecimento é condição da execução, mas a recíproca não é verdadeira.

4.3 OUTROS SISTEMAS DE HOMOLOGAÇÃO

O sistema deliberatório foi adotado pela Convenção de Nova Iorque e, conseqüentemente, pela grande maioria dos Estados. Entretanto, como bem denota André de

²³ MARTINS, Pedro a. Batista. **A recepção nacional às sentenças arbitrais Prolatadas no Exterior**. In aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999,pág. 439.

Albuquerque Cavalcanti Abbud, a par do sistema de delibação existem outros modelos de relacionamento com julgados provindos do exterior.

Nesse ínterim, autor elenca três grupos. O primeiro representa o sistema de completo isolamento, constituído pelos países absolutamente refratários ao reconhecimento de sentenças estrangeiras. Diante de tal sistema, não há outra saída senão propor nova demanda perante as autoridades internas. É o caso, atualmente, da Noruega, da Finlândia e da Suécia. Em segundo lugar, tem-se o sistema de isolamento atenuado. Conforme este modelo, o interessado deverá propor nova demanda perante o judiciário local, porém o *decisum* estrangeiro não é destituído de valia porquanto acarretará ônus probatório para o réu do processo. É o sistema vigente nos Estados Unidos.

Por fim, o autor intitula o terceiro modelo de sistema de reconhecimento condicionado em que a liberação dos efeitos do julgado peregrino depende de um ato formal de controle exercido pelo judiciário. Este modelo pode ser subdividido segundo a extensão dos poderes conferidos ao órgão judicial. Assim, de um lado ficam os países que permitem a revisão do mérito do *decisum* (sistema de revisão absoluta). De outro aqueles que se atêm a verificar a presença de certos requisitos formais, é o sistema de delibação.

5. COMPETÊNCIA PARA HOMOLOGAR

5.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E SUAS REPERCUSSÕES

Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 31.12.2004 retirou-se da Suprema Corte a competência para homologação de sentenças estrangeiras que passa a integrar as atribuições do STJ. Esta transferência foi felicitada por parte considerável da doutrina, que há muito reclamava a retirada de matérias não constitucionais da competência do STF.

Em que pese a boa aceitação da aludida mudança, não parece que esta se preste a resolver a questão do sobrecarga de processos sentida pelos Tribunais Superiores de modo geral. Nesse diapasão, Alexandre Feitas Câmara pontua que:

A meu juízo o direito brasileiro teria evoluído muito mais se mudássemos do sistema de concentração do reconhecimento das sentenças estrangeiras e passado a um sistema difuso de reconhecimento de tais sentenças. Com essa

mudança seria do mesmo modo alcançado o desiderato de se diminuir as competências do STF e não se tera ampliado o rol das competências do Superior Tribunal de Justiça, tão afogado em processos quanto a Suprema Corte do país.²⁴

Com efeito, parece que a emenda em nada contribui para a almejada celeridade do processo homologatório. Mormente, tendo em vista que compete ao Presidente do Egrégio Tribunal, que já concentra inúmeras outras funções, homologar todas as sentenças estrangeiras, arbitrais ou judiciais. Esta sobrecarga poderia ser evitada com a nova regulamentação dispensada à matéria.

Ademais, note-se que o deslocamento da competência cria a possibilidade de recurso extraordinário perante o STF. Todavia, a dificuldade de demonstrar a repercussão geral da questão limita substancialmente a utilização deste recurso.

5.2 A RESOLUÇÃO Nº 9 DE 4 DE MAIO DE 2005

Diante da competência que lhe foi atribuída, o Superior Tribunal de Justiça editou a resolução 09/05 que passa a disciplinar a matéria provisoriamente, enquanto não sobrevenha regulamentação permanente.

Imperativo ressaltar que a resolução, posto se refira às sentenças judiciais, também é aplicável às sentenças arbitrais por força do artigo 36 da lei 9.307/96. O dispositivo estabelece sejam aplicadas, no que couber, as disposições do Código de Processo Civil referentes ao reconhecimento de sentenças estrangeiras.

De forma geral, a resolução não alterou o tratamento dispensado a matéria pelo RISTF. Por outro lado, como bem denota Lauro Gama Junior, embora a Reforma do Judiciário não tenha alterado as pressupostos positivos e negativos de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, houve modificações tanto no procedimento quanto no entendimento de questões já consolidadas na jurisprudência do STF.²⁵

Dentre os avanços da resolução, cumpre citar a possibilidade de homologação

²⁴ Câmara, Alexandre Freitas. A emenda Constitucional 45/2004 e a homologação de sentença estrangeira: primeiras impressões. In: TIBURCIO, Carmem, BARROSO, Luís Robert. (Org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.1-8.)

²⁵ GAMA JR., Lauro. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras; novas perspectivas? **Revista Brasileira de Arbitragem**. V.2, n 5, p.62-66, jan./mar. 2005.

parcial da sentença arbitral estrangeira expressamente prevista no artigo 4º, §2º. Este dispositivo chancela o artigo V, e, da convenção de Nova Iorque, segundo o qual, a parte da sentença arbitral que extrapolar os limites da convenção de arbitragem deve ser desconsiderada, homologando-se o remanescente.

5.3 PROCEDIMENTO

Conforme preceitua a artigo 36 da Lei de Arbitragem, ao processo de homologação, aplicam-se, no que couber, os artigos 483 e 484 do Código de Processo Civil, reforçando à equiparação das sentenças arbitrais às judiciais, operada pela mencionada lei.

Os pressupostos formais do pedido de homologação estão insculpidos no artigo 37 do aludido diploma, que determina os requisitos da petição inicial, *ipsis litteris*:

Art. 37 - A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I – o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial.

II – o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

O fato de o supracitado artigo exigir que, a petição inicial do pleito homologatório observe aos mesmos requisitos da exordial relativa a um processo de conhecimento reforça a tese da natureza contenciosa da homologação.

Efetivamente, como bem destaca Micaela Barros Fernandes, a petição inicial do processo de homologação “inaugura verdadeira demanda judicial, ou seja, uma ação autônoma, que existe independentemente da pretensão de direito material oriunda da ação exercida fora da jurisdição local.”²⁶

Ajuizado o pedido homologatório, o vice-presidente do superior Tribunal de Justiça procede, então, a verificação dos requisitos formais supramencionados. Na falta de algum documento essencial ou havendo defeito sanável, ao autor é conferido o prazo

²⁶ Op. Cit, pág.. 12

decendiário para emenda da inicial.

Muito embora a resolução não tenha reproduzido o artigo 219 do Regimento interno do STF, que concedia tal prazo, este continua aplicável por força da incidência subsidiária do Código Processual Civil.

Uma vez regular a petição inicial o feito é autuado e parte contrária citada. A citação se realiza por meio de oficial de justiça se parte for domiciliada no Brasil, caso contrário caso contrário a citação é feita através de carta rogatória.

A parte ré terá 15 dias para oferecer contestação, a qual não poderá levantar questões jurídicas diversas dos requisitos negativos de homologação. A contestação resta, portanto, limitada às matérias reveladas pelos artigos 38 e 39 da Lei de arbitragem:

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39 . Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Esta limitação decorre da autonomia do mérito do processo homologatório em relação ao mérito da sentença que se pretende homologar, conforme já salientado.

Uma vez oferecida a impugnação, o processo é redistribuído para um dos Ministros integrantes da Corte Especial do STJ, que será designado Relator, passando a presidir o processo. Esta solução tem sido igualmente alvo de críticas, por não contribuir para a celeridade processual desejada pela EC 45.

Nesse sentido, Flávia Pereira Hill defende que “melhor seria que a Resolução tivesse previsto a distribuição dos processos de homologação para uma das turmas do E. STJ. Com isso, o número de Ministros competentes para o julgamento seria maior, contribuindo para o seu pronto desfecho.”²⁷

6. REQUISITOS NEGATIVOS DA HOMOLOGAÇÃO

Os Estados signatários se comprometem a acatar obrigatoriamente todas as hipóteses obstativas de homologação, seja por impugnação das partes, seja oficiosamente. A convenção autoriza, contudo, certa discricionariedade quanto a forma de implementar tais hipóteses impeditivas.

Notar que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral previstas no artigo 32 da lei de arbitragem valem tão somente para sentenças nacionais, isto é, proferidas no território brasileiro. Para as sentenças arbitrais estrangeiras só podem ser arguidas as mesmas matérias passíveis de desconstituição da sentença estrangeira, ou seja, as enumeradas no artigo 741 do CPC, em sede de embargos à execução.²⁸

6.1 EXCEÇÕES AO PLEITO HOMOLOGATÓRIO

6.1.1 INCAPACIDADE DAS PARTES

O artigo 1º do Código Civil brasileiro reza que “Toda pessoa é capaz de direitos e

²⁷ Op. Cit. Pág. 61.

²⁸ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem; MEDEIROS Suzana. **Direito Internacional Privado:** (parte especial): Arbitragem comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

deveres na ordem civil.” Não obstante, como bem leciona Caio Mário Da Silva:

Se a capacidade de direito é determinada com a personalidade, de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque algumas pessoas, sem perderem os atributos da personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis.²⁹

Sendo assim, tais indivíduos, porque despidos da capacidade de exercer pessoalmente seus direitos civis, não podem validamente firmar convenção de arbitragem.

Dito isto, ao iniciar uma arbitragem internacional compete ao árbitro verificar a capacidade dos contratantes. Embora a lei de arbitragem não diga qual será a lei parâmetro para aferir a capacidade das partes, a Convenção de Nova Iorque o faz, porém de maneira confusa. Nesse esteio, oportuno o comentário de Carlos Alberto Carmona, para quem “nada dizer (como se fez no Brasil) e dizer um pouco de tudo (como se fez em Nova Iorque) conduz o interprete às mesmas dúvidas.”

Com efeito, a mencionada convenção oferece três opções ao magistrado: a lei aplicável às partes, a lei escolhida pelas mesmas ou, na ausência de escolha, a lei do local em que for proferida a sentença arbitral.

Segundo Carmona, já que a convenção não explicita como o árbitro fará para concluir qual a lei aplicável às partes, deve-se tomar por base a lei escolhida pelas partes.

Diversamente, Lauro da Gama e Souza Junior entende que

“No direito internacional privado, a capacidade da pessoa natural é, via de regra, aferida segundo sua lei pessoal, isto é, a lei do Estado em que possui domicílio ou a lei do Estado de sua nacionalidade e é, portanto em conformidade com esta lei – e não com a lei aplicável ao acordo de arbitragem – que deverá ser examinada a capacidade da parte, à luz do texto legal.”³⁰

Este parece ser o entendimento mais acertado, pois não se pode permitir que as partes usem a autonomia da vontade como pretexto para se subtraírem a incidência de normas de ordem pública, como é o caso das regras que regem a capacidade das pessoas.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

³⁰ Op. Cit.

Segundo este entendimento, um brasileiro residente na França teria sua capacidade avaliada segundo a legislação francesa, porquanto no Brasil vige o *ius domicilii*.³¹ Ocorre que a lei francesa adota o critério da nacionalidade, o que reenvia a questão à lei nacional. Contudo, a Lei de Introdução ao código civil obsta expressamente o reenvio consoante dicção do artigo 16, *verbis*:

Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar qualquer remissão por ela feita a outra lei.

No que concerne a capacidade das pessoas jurídicas existem dois critérios predominantes: o do local de constituição da pessoa jurídica e o da sede efetiva da administração principal.

Nesse esteio, Lauro da Gama Junior aventa a hipótese de uma determinada sociedade alegar a própria incapacidade no momento da pactuação da convenção de arbitragem a fim de impugnar a homologação da sentença arbitral. O autor sustenta que esta alegação tipificaria a conduta *venire contra factum proprium*, que impede a parte de invocar a nulidade a que voluntariamente deu causa.

Outro ponto que merece atenção particular concerne à capacidade do Estado e suas emanções para validamente firmar uma convenção de arbitragem. Para tanto, a doutrina se vale da tradicional distinção entre atos de gestão e atos de império. Assim, entende-se plenamente possível o recurso à arbitragem pela Administração quando esta pratica atos de natureza privada, equiparando-se aos particulares. Ainda assim, parte da doutrina sujeita a possibilidade de submissão de contratos firmados pelo Poder Público a duas condições: que a avença seja regida pelo direito privado e que haja autorização legal para recorrer à arbitragem.

No que tange à autorização legal, Emilio Nunes Pinto argumenta que esta existe e está estampada no artigo 1º da Lei de arbitragem. O doutrinador prossegue afirmando que a existência de leis especiais que contêm essa autorização – como é o caso da lei 8.987/95 sobre concessão e prestação de serviços públicos – não significa que apenas em tais hipóteses admite-se o recurso a júzo arbitral, mas tão somente que, em tais contratos a cláusula compromissória constitui requisito essencial de validade:

³¹ Artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Parece-nos evidente que a questão relativa à inarbitrabilidade subjetiva nos contratos com o Estado não seja de natureza a permitir que se possa superá-la para determinadas áreas em detrimento de outras. A prevalecer o entendimento corrente, somos obrigados a admitir a inconsistência lógica, já que o sujeito da arbitragem seria o mesmo Estado ou qualquer de suas empresas controladas

[...]

Portanto, entendemos que, a despeito de respeitáveis opiniões, não se possa tratar como exceção a matéria da arbitrabilidade subjetiva nos contratos com o Estado. Assim sendo, somos de opinião que inexistente qualquer princípio geral que, per se, impeça o Estado e suas empresas de participar de procedimentos arbitrais. Superado este obstáculo, entendemos, entretanto, que, por força do princípio da legalidade, a arbitrabilidade subjetiva esteja a depender de autorização legal. Finalmente, entendemos que essa autorização geral existe e está presente no texto do artigo 1º da Lei de Arbitragem.³²

Gustavo Henrique Tepedino³³ perfilhando-se a este posicionamento defende que, tendo em vista que a Lei de Arbitragem não faz qualquer referência à natureza do contrato, se público ou privado, basta a capacidade de contratar e a disponibilidade dos direitos patrimoniais, para que seja possível a submissão ao juízo arbitral. Acrescenta que, pertine a esta temática tão-somente avaliar a natureza dos interesses, bens e direitos relativos ao contrato firmado pela Administração.

Diante do exposto, conclui-se que, hodiernamente, defender a inarbitrabilidade de litígios envolvendo a Administração é negar uma realidade econômica na qual o Estado, paralelamente à iniciativa privada, exerce papel fundamental. Mais recentemente, esses dois atores do domínio econômico têm atuado conjuntamente através das parcerias público-privadas, espécie de contrato administrativo disciplinado pela lei federal 11.079/04.

Esta nova forma de contratualização administrativa contribuiu para afastar o entendimento da inarbitrabilidade de controvérsias envolvendo contratos administrativos, na medida em que a referida lei admite expressamente o recurso à arbitragem para a solução de litígios entre o parceiro público e o privado. Nesse sentido, dispõe o artigo 11, inciso III do

³² Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5971>

³³ TEPEDINO, Gustavo. *Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal*. In: Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (Coords.). *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

aludido diploma legal:

O emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil, em língua portuguesa, nos termos da lei 9.307 de 2 de setembro de 1996 para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Registre-se ainda a rejeição da proposta de Emenda Constitucional nº 29 que visava a inclusão de um inciso ao artigo 98 da Constituição Federal vedando a utilização de arbitragem para resolução de conflitos envolvendo entes de direito público.

Finalmente, como bem assinala Eros Roberto Grau, para quem o verdadeiro preconceito estabelecido em relação à arbitragem na qual a Administração é parte, tem haver com o erro de vincular a ideia da indisponibilidade a tudo que diga respeito, direta ou indiretamente ou Estado.³⁴

6.1.2 INVALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O exame da validade formal do da convenção de arbitragem, segundo doutrina majoritária, se dá em conformidade com as normas escolhidas pelas partes para reger a convenção de arbitragem. Assim que segundo a doutrina, podem as partes escolher, indiferentemente, tanto regras provenientes de uma legislação doméstica, como um tratado ou ainda o regulamento de uma instituição de arbitragem.

Em caso de silêncio no tocante a lei de regência do acordo arbitral entende-se aplicável, para fins de averiguar a validade do acordo, a lei do país no qual se prolatou a sentença. Trata-se de critério subsidiário para aferição da juridicidade do convênio arbitral.

Critica-se este critério secundário porquanto é frequente no campo da arbitragem internacional a escolha de foro neutro, isto é, sem qualquer ligação com a controvérsia. É o que acontece quando as partes decidem submeter suas questões a um centro de arbitragem, como a Câmara de Comércio Internacional sediada em Paris, no caso em que a causa não apresenta ligação alguma com o sistema jurídico ou território francês.

Note-se que o exame da validade material da convenção de arbitragem conduz a

³⁴ Eros Roberto Grau, "Arbitragem e contrato administrativo" in Revista da Escola Paulista da Magistratura, v3, n 2, julho/dezembro de 2002, p. 49-58, esp. P. 50.

questão da arbitrabilidade objetiva do litígio, hipótese de objeção ao pleito homologatório e, portanto, será tratada no momento oportuno.

Isto posto, passa-se ao exame das fontes do processo homologatório, e em seguida, à análise da jurisprudência relativa ao tema.

A Lei de Arbitragem condiciona a validade da cláusula arbitral à forma escrita, consoante comando exarado pelo artigo 4º, §1º, que a seguir se transcreve:

“A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

Outrossim, a Convenção de Nova Iorque determina a forma escrita como requisito de validade da cláusula compromissória ao estabelecer que *“Cada estado deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou venham a surgir entre si ...”*

Esta exigência é, contudo, mitigada pela regra insculpida no item seguinte da Convenção que, tendo em vista os usos e costumes do comércio internacional, considera como válida a cláusula contida em troca de cartas ou telegramas.

A jurisprudência brasileira, por sua vez, tem alternado seu posicionamento quanto à validade formal da cláusula, ora exigindo forma escrita e aceitação expressa, ora aceitando como válida a cláusula compromissória tácita, isto é, não assinada pelas partes.

Com efeito, é possível encontrar decisões que indeferiram o pleito homologatório por falta de assinatura nos contratos celebrados entre as partes, avenças estas que continham cláusula compromissória. Nesse esteio, cumpre trazer à baila o julgado da SEC 967, de 15 de fevereiro de 2006, *in verbis*:

Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral.

[...]

A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta

princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem.

Entendimento semelhante foi corroborado no julgamento da SEC 866 em 17 de maio de 2006, em que se indeferiu o pleito homologatório, não obstante a existência de telex trocados pelas partes, a fim de convalidar as operações de compra e venda, que continham cláusula compromissória. *Data máxima vênia*, o julgado ignora o mandamento exarado pelo artigo 34 da Lei de 9.307/96, que ao estabelecer a primazia dos tratados internacionais, determina a aplicação direta da Convenção de Nova Iorque e, portanto a validade do acordo contido em troca de correspondências ou telegramas.

De modo que, neste tocante, dissente-se do posicionamento do E. Tribunal, esposando-se, por sua vez, aos argumentos suscitados pela Requerida/Embargante, que tinha por patrono o eminente jurista Arnoldo Wald:

“Estando presente nos autos documento comprobatório de **acordo contido em troca de cartas ou telegramas**, satisfeita está a condição inscrita no Artigo IV, nº 2, combinado com o Artigo II, nº 2, da Convenção de Nova York, presumindo-se, **juris tantum**, que a Embargada aceitou em submeter-se à solução arbitral das controvérsias contratuais”³⁵

(negrito não original)

Curiosamente, julgados anteriores aos supracitados validam estes argumentos. É o caso, por exemplo, da SEC 856, de 27 de junho de 2005, em que o STJ deferiu o pedido homologatório a despeito da falta de concordância expressa da requerida. In casu, o E. Tribunal considerou que o fato de a requerida ter apresentado defesa perante o juízo arbitral, sem contestar a ausência de convenção arbitral foi suficiente para determinar a validade da convenção de arbitragem, consoante se depreende da ementa do julgado que a seguir se transcreve:

Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da

³⁵ WALD, Arnoldo. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Relação às Sentenças Arbitrais. Revista de arbitragem e Mediação, v.3, n.8, p.7-16, jan/mar 2006.

cláusula compromissória.

Neste diapasão, cumpre transcrever trecho do voto do Relator o Exm. Sr. Ministro Alberto Carlos de Menezes Direito, *ipsis litteris*:

Em conclusão, considerando a prática internacional em contratos da espécie, que deve ser sempre relevada, não vejo como desqualificar a existência da convenção arbitral. A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação indubitosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória”

Dessa forma, adotando uma pró-arbitragem, o STJ reconheceu a validade da chamada “cláusula compromissória tácita”. Trata-se de aplicação do que a doutrina estrangeira denomina interpretação “prática” ou determinada “por atos conclusivos”.

Ademais, este entendimento parece se coadunar com o dispositivo do artigo 20 da Lei 9.307/96 segundo o qual: “a parte que pretende arguir questões relativas a competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou árbitro, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”.

De fato, seria uma afronta ao princípio da boa-fé permitir que a parte vencida na arbitragem, não impugnando tempestivamente a validade desta, venha a fazê-lo posteriormente com intuito de obstar o reconhecimento do laudo arbitral. Conduta esta repudiada pelo ordenamento brasileiro em face da vedação ao *venire contra factum proprium*.

Por fim, cumpre ressaltar que a invalidade do contrato principal não implica, necessariamente, a invalidade do acordo arbitral. É o princípio da autonomia da cláusula compromissória que institui a arbitragem em relação ao contrato que a contém. Nesse interím, impende transcrever trecho do “Arrêt Gosset” emitido pela Corte de Cassação em 1963 porquanto se tornou jurisprudência citada mundialmente:

En matière d’arbitrage international, l’accord compromissoire qu’il soit conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présent toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu’il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de

cet acte.³⁶

A autonomia da convenção de arbitragem é reforçada pelo princípio da “competence-competence”, segundo o qual cabe ao árbitro decidir sobre a validade da convenção de arbitragem, e como consectário sobre a própria competência. A Lei de arbitragem faz menção expressa a este princípio no parágrafo único do artigo 8º:

Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Note-se que, a autonomia da cláusula compromissória diz respeito também à lei aplicável ao contrato. Deste modo, se as partes assim o quiserem, a cláusula pode ser regida por lei diversa do restante do contrato.

6.1.3 FALTA DE NOTIFICAÇÃO E VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

Hipótese obstativa que tem por escopo assegurar o devido processo legal. Na lição de Ada Pellegrini Grinover, o postulado do *due proces of law* visa “garantir a tutela dos direitos afirmados, mediante a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões, apresentarem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz, através do contraditório.”³⁷

Do exposto, verifica-se que, o contraditório e ampla defesa constituem uma das facetas do devido processo legal e, devido a sua importância foram elevados à condição de garantias constitucionais, estampadas no artigo 5º, LV da Constituição Federal, *in verbis*:

Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Note-se que, a depender da gravidade da violação às garantias constitucionais do

³⁶ Disponível em www.legifrance.gouv.fr

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de processo civil, São Paulo, bushatsky, 1975.

contraditório e da ampla defesa restará configurada afronta à ordem pública nacional, fato passível, portanto, de conhecimento ex officio pelo juiz da homologação, como se verá em momento oportuno.

Não sendo o caso de ofensa a ordem pública, o juiz só apreciará a questão da não observância do contraditório e da ampla defesa se suscitada pelo réu. Nesta hipótese, o juiz deve tomar por paradigma as normas processuais escolhidas pelas partes para reger a arbitragem.

Caso as partes tenham silenciado sobre a lei de regência entende-se aplicável a lei do país onde foi prolatada a sentença arbitral. Com efeito, se assim não fosse, a legitimidade do processo ficaria condicionada ao atendimento das normas processuais brasileiras atinentes ao modo, tempo e forma dos atos, o que anularia o princípio da autonomia da vontade das partes, no que tange à escolha das regras processuais aplicáveis à arbitragem.³⁸

Tanto é assim que, o legislador pátrio optou pelo termo notificação ao invés de citação, traduzindo o propósito de afastar a aplicação da legislação nacional para privilegiar a critério da efetividade do ato citatório. Efetivamente, não é outra a ilação a que se chega diante da norma insculpida no artigo 39, parágrafo único, *in verbis*:

Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Deste modo, pode-se concluir que, segundo a sistemática da Lei de Arbitragem, para a notificação ser válida basta que o réu tome conhecimento da existência do processo em tempo suficiente para se defender de forma adequada.

Neste tocante, parece que a jurisprudência pátria filia-se a esta interpretação. De fato, por ocasião do julgamento da SEC 507, 18 de outubro de 2006, o STJ afirmou que não

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

há violação ao contraditório e à ampla defesa quando o réu, embora não notificado, comparece e apresenta defesa de mérito preenchendo-se assim o pressuposto da efetividade do ato citatório. Tais conclusões podem ser extraídas do aludido julgado, que a seguir se transcreve:

Não resta configurada a ofensa ao contraditório e à ampla defesa se as requeridas aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória, bem como tiveram amplo conhecimento da instauração do procedimento arbitral, com a apresentação de considerações preliminares e defesa.

Nesse esteio, cumpre citar a SEC 874, de 15 de maio de 2006, em que se rejeitou a alegação da requerida de ausência de citação válida, já que pela análise dos autos verificou-se que a mesma fora notificada de todos os atos realizados pelo juízo arbitral. *In casu*, o STJ não levou em conta a revelia da requerida, tendo em vista que, o fator decisivo para avaliar a existência da causa obstativa em apreço não é a forma do ato citatório, mas sim aferir se foi dada às partes a oportunidade efetiva de influir na arbitragem.³⁹

Neste diapasão, impende transcrever o voto proferido pelo Ministro Francisco Falcão, por ocasião do julgamento da supramencionada SEC, *in verbis*:

Diz-se que não houve citação por meio de carta rogatória. Todavia, *ex vi* do parágrafo único do art. 39 da Lei de Arbitragem brasileira, "não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa."

Na hipótese em exame, é farto o conjunto probatório, a demonstrar que a requerida recebeu, pela via postal, não somente a citação, como também intimações objetivando o seu comparecimento às audiências que foram realizadas, afinal, à sua revelia. [...]

Diante do exposto, é lícito afirmar que, o julgamento da SEC 833, em 16 de

³⁹ ABBUD, Carlos de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 153.

agosto de 2006. configura verdadeiro retrocesso relativamente a esta linha de entendimento. O referido julgado trata do pedido de homologação de sentença judicial proferida nos Estados Unidos que homologa um laudo arbitral proferido neste país, em observância às normas da Associação Americana de Arbitragem. A maioria dos ministros da Corte especial entendeu que, uma vez homologado pelo Tribunal americano, o laudo arbitral passa a ser classificado como sentença judicial. Por conseguinte, afirmou-se inafastável a exigência da citação mediante carta rogatória da parte brasileira acerca do processo judicial nos Estados Unidos.

Cumpra transcrever trecho da ementa que sintetiza este entendimento, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO.

1. A homologação da Sentença Estrangeira pressupõe a obediência ao contraditório consubstanciado na convocação inequívoca realizada alhures. In casu, o processo correu à revelia, e não há prova inequívoca, restando cediço na Corte que a citação por rogatória deve deixar estreme de dúvidas que a comunicação chegou ao seu destino.

Entende-se não ser razoável limitar a aplicação do artigo 39, parágrafo único, da Lei de arbitragem, por considerar que o laudo arbitral uma vez homologado no exterior integra-se ao ordenamento pátrio como sentença judicial. Isto porque, o que se pretende com pleito homologatório é conceder eficácia ao conteúdo da sentença arbitral. Logo, o exame deste pedido de homologação deveria se ater, tão-somente, aos requisitos previstos na Lei 9.307/96.

Sendo assim, perfilha-se aos argumentos suscitados pela Ministra Eliana Calmon em voto proferido por ocasião do julgamento da SEC 833, que a seguir se transcreve:

A sentença arbitral de 28 de fevereiro de 1998 foi confirmada em 17 de novembro do mesmo ano pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América, Distrito de Connecticut, cumprindo-se assim uma exigência anterior à Lei de Arbitragem, não mais necessária, embora não prejudique o teor da providência a chancela de legalidade outorgada pela Justiça americana, com o chamamento da parte ré, ora requerida, que não respondeu ao chamado, como registra a sentença judicial.

Conseqüentemente, não há como se imputar ao processo vício de nulidade por falta de citação, porque não foi possível localizar os sócios da empresa, senão um deles, por ocasião da homologação judicial.

No que tange o ônus da prova da alegação de falta de notificação, Carlos Aberto Carmona sustenta que, uma vez alegada a *exceptio* de ausência de notificação, caberá ao autor provar que a efetivou e em conformidade com a convenção de arbitragem. Segundo o doutrinador o ônus da prova recai sobre o autor, pois o não recebimento da notificação configura uma negação absoluta que, portanto, não é suscetível de prova.

Não parece, contudo, que este entendimento tenha sido consolidado pelo Superior Tribunal de justiça. Com efeito, adotando uma postura pró-arbitragem o Egrégio Tribunal, deferiu a pedido de homologação relativo à SEC 887, de 06 de março de 2006, sob o argumento de que o requerido não se desincumbiu do seu ônus de provar a falta de notificação. Neste passo, cabe transcrever a ementa relativa ao julgado, *ipsis litteris*:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SENTENÇA ARBITRAL. PROCEDIMENTO ARBITRAL QUE TEVE CURSO À REVELIA DO REQUERIDO. CONVENÇÃO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA.

1. Para a homologação de sentença de arbitragem estrangeira proferida à revelia do requerido, deve ele, por ser seu o ônus, comprovar, nos termos do inciso III do art. 38 da Lei n. 9.307/96, que não foi devidamente comunicado da instauração do procedimento arbitral.

2. Homologação deferida

6.1.4 SENTENÇA EXTRA OU ULTRA PETITA

Assim como o magistrado no processo judicial, o árbitro também tem o exercício da sua jurisdição limitado pelos elementos objetivos da demanda. Trata-se do princípio da congruência, segundo o qual toda e qualquer decisão deve ter como paradigma a demanda e seus elementos.⁴⁰ Do mesmo modo que há um nexo de referibilidade entre a sentença judicial e a petição inicial, também o laudo arbitral deve se ater ao conteúdo da convenção de arbitragem. Isto é, tanto a petição inicial, quanto a convenção de arbitragem estabelecem os limites da cognição do juiz ou árbitro, respectivamente.

Se o árbitro vai além desses limites a sentença será *ultra petita*; se fica fora, a sentença será *extra petita*. No julgamento *ultra petita*, o árbitro analisa todos os pedidos que

⁴⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial e antecipação dos efeitos da tutela, vol. 2, 4^oed, 2009, pág. 309.

compõem a convenção de arbitragem, mas vai além, concedendo mais do que fora pleiteado. No julgamento *extra petita*, o árbitro delibera sobre algo que não previsto convenção de arbitragem.

Ressalte-se que, a fim de evitar a prolação de sentenças *ultra* ou *extra petita*, é aconselhável que o órgão arbitral, logo após seja instituído, elabore uma ata de missão. Assim determina, por exemplo, o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, consoante dicção do artigo 18:

1- Tão logo receba os autos da Secretaria, o Tribunal Arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, um documento que defina a sua missão. Este documento deverá conter, entre outros, os seguintes pormenores:

[...]

c) um resumo das pretensões das partes e dos seus pedidos e, na medida do possível, uma indicação das quantias reclamadas ou reconvencionadas;

d) a menos que o Tribunal Arbitral considere inadequado, uma relação dos pontos litigiosos a serem resolvidos;

Deste modo, ao ser levantada a exceção de sentença *extra ou ultra petita* pelo réu do processo homologatório, o juiz competente procederá, então, ao confronto da ata de missão com o dispositivo da sentença arbitral, a fim de verificar se o princípio da congruência foi respeitado. Se, no entanto, não tiver sido elaborada a ata, o juiz se valerá do quanto estabelecido na convenção de arbitragem. Nesta hipótese, Lauro da Gama e Souza Jr. aponta que “*é necessário que o compromisso arbitral indique, de modo bastante preciso, os pedidos das partes, sob pena de, não o fazendo, restar impossível a caracterização da hipótese ora examinada.*”⁴¹

No intuito de se compreender de que forma a sentença arbitral estrangeira *ultra ou extra petita* será considerada para fins homologatórios, impende, antes, destacar a teoria dos capítulos da sentença.

Esta teoria demonstra que, embora seja formalmente única, a decisão pode ser ideologicamente cindida. Isto ocorre, por exemplo, quando a sentença resolve mais de um

⁴¹ Op. Cit. Pág. 421.

pedido, ou ainda, havendo um único pedido, este é suscetível de quantificação.

Assim que, baseando-se em tais premissas, tanto a Lei de Arbitragem quanto a Convenção de Nova Iorque preveem que, sendo cindível o dispositivo da sentença arbitral, o juiz da homologação indeferirá, tão-somente, reconhecimento ao capítulo que excede ou é estranho ao acordo arbitral, homologando-se todo o resto. De outro modo, consoante dicção do referido tratado- *se as disposições da sentença referentes às questões submetidas à arbitragem puderem ser isoladas daquelas não submetidas à arbitragem, poder-se-á dar reconhecimento e execução às primeiras.*

Com efeito, o mencionado dispositivo coaduna-se com o princípio do aproveitamento dos atos processuais consagrado no artigo 248 do Código de Processo, segundo o qual “*a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes*”.

6.1.5 DESACORDO ENTRE A CONSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM E A CONVENÇÃO ARBITRAL

Esta hipótese permite a recusa do laudo quando restar demonstrado que a instituição da instância arbitral não se deu em conformidade com o quanto estipulado na convenção de arbitragem.

Cumprе ressaltar que, o tratamento dispensado à este exceção diverge parcialmente quando confrontadas a Lei 9.307/96 e a Convenção de Nova Iorque.

De um lado, estatui o art. V, nº 1, letra “d”, da Convenção de NY “*A composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade ao acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu*”.

Por sua vez, o art. 38, inc. V da Lei de Arbitragem pátria optou por uma redação menos exigente, porquanto não reclama a concordância do procedimento arbitral à convenção de arbitragem, tampouco exige que, na ausência de acordo das partes quanto às normas aplicáveis ao procedimento, estas sejam conforme a legislação do local da arbitragem. (“*a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou com a cláusula compromissória*”).

Soluciona-se este impasse pela aplicação da regra do direito mais favorável consagrada pela aludida Convenção. Deste modo, pode o autor da demanda homologatória invocar o artigo 38, inciso V da lei 9.307/96, sem que isso constitua desrespeito ao artigo 34 da lei em comento, dispositivo este que determina a primazia dos tratados internacionais relativos o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira.

6.1.6 SENTENÇA NÃO OBRIGATÓRIA, ANULADA OU SUSPensa

Segundo o artigo V, nº1 e, da Convenção de Nova Iorque a homologação será indeferida se o réu provar que “a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”.

Antes de adentrar no exame deste requisito negativo, impende atentar para discrepância existente no que tange o tratamento normativo que lhe é dispensado, quando comparadas a nossa Lei de arbitragem e a Convenção de Nova Iorque. Com efeito, ao passo que a Lei de arbitragem admite apenas a anulação determinada pelas autoridades competentes do país onde o laudo foi proferido como causa obstativa, a Convenção inclui ainda a anulação proferida por autoridade do país cuja lei foi aplicada à arbitragem. Nesta hipótese não há qualquer entrave à aplicação da chamada *cláusula do direito mais favorável* prevista no artigo VII, I da aludida Convenção.

Ademais, cabe salientar que, em regra, os fundamentos da sentença estrangeira anulatória são irrelevante no juízo delibatório que refuta a homologação do laudo arbitral. Pois que lhe vedado adentrar o mérito. Tal premissa deve ser, todavia, excetuada nos casos em que a anulação do laudo arbitral ofende a ordem pública brasileira. Assim que, a fim de verificar se a anulação foi proferida à revelia de garantias fundamentais caras a ordem jurídica pátria, o juiz da homologação se valerá de certa discricionariedade, conduta, aliás, defendida pela doutrina.

Deste modo, através de um juízo discricionário, o juiz opera uma sorte de controle incidental da sentença anulada ao confrontá-la aos ditames da ordem pública do foro. Destaque-se que, este juízo incidental acerca da legitimidade do provimento anulatório é de extrema importância porquanto impede que laudos arbitrais anulados em flagrante ofensa à ordem pública deixem de ser reconhecidos.

Frise-se que, este poder discricionário do juiz não se confunde com uma eventual facultatividade na aplicação dos requisitos negativos de homologação. Isto porque, parte da doutrina argumenta que a utilização do vocábulo “may”, na versão oficial em inglês da Convenção de Nova Iorque, conduziria a uma aplicação facultativa das causas de impedimento. Saliente-se, contudo, que tal entendimento não se coaduna com os propósitos uniformizadores da Convenção, além de destituir de sentido a cláusula do direito mais favorável.

Neste diapasão, Paulo Borba Casella e Daniel Gruenbaum esclarecem:

Ora, o sistema instituído pela convenção de Nova Iorque tem por fim assegurar a coordenação internacional sobre o controle da sentença arbitral, especialmente estipulando regras uniformes para o seu reconhecimento. A interpretação de que os motivos de recusa seriam facultativos parece pecar por três motivos: desrespeita tal finalidade de coordenação e interpretação-aplicação uniforme; apoia-se sobre interpretação questionável e literal da versão em inglês do art. V, 1 *caput* (a dúvida não surge na versão oficial em francês); e, embora concebível, gera situação passível de controvérsia com o artigo VII, §1º.⁴²

Por sua vez, impende ressaltar que, a pendência de ação anulatória contra sentença arbitral estrangeira não configura hipótese de causa obstativa à homologação. Neste sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento da SEC 611 em 23 de novembro de 2006, cuja ementa sintetiza tal posicionamento:

A existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira em trâmite nos tribunais pátrios não constitui impedimento à homologação da sentença alienígena, não havendo ferimento à soberania nacional, hipótese que exigiria a existência de decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas pelo Juízo arbitral. A Lei n. 9.307/96, no § 2º do seu art.33, estabelece que a sentença que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo, o que significa ser defeso ao julgador proferir sentença substitutiva à emanada do Juízo arbitral. Daí a inexistência de decisões conflitantes.

Sucedo que, segundo a jurisprudência francesa, através de uma interpretação

⁴² CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada.

elástica da *regra do direito mais favorável*, uma sentença arbitral anulada (ou com seus efeitos suspensos) pelo judiciário do país em que foi prolatada pode ser reconhecida no país a *quo*. Paulo Borba Casella e Daniel Gruenbaum sintetizam o problema da seguinte forma:

Trata-se, então, precisamente de saber qual o grau de deferência que se deve reconhecer a uma sentença arbitral estrangeira anulada; em outras palavras, saber se ela é homologável.⁴³

Nesse diapasão, serão analisadas as jurisprudências francesa e americana, visto que os tribunais destes dois países já enfrentaram tais questões e, destes enfrentamentos brotaram jurisprudências mundialmente conhecidas.

Irineu Strenger há muito já defendia a importância do estudo comparado no âmbito da arbitragem internacional. Neste contexto, o renomado autor cita o comparatista René David, *in verbis*:

O direito comparado proporciona ao jurista o distanciamento necessário para contemplar o direito próprio com seus traços essenciais, para separar e isolar as idéias gerais e astendências principais acima de uma regulamentação a miúdo exuberante, na qual corremos o risco de perder-nos.⁴⁴

A França construiu sua jurisprudência baseando-se na conjugação do artigo VII §1º da convenção de Nova Iorque com o artigo 1.502 do Código de processo civil francês, que elenca *numerus clausus* as causas obstativas de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Veja-se, neste sentido, o caso *Chromalloy*⁴⁵ no qual uma sentença arbitral internacional, posto que anulada pelo judiciário egípcio, foi reconhecida na França. A Corte de Corte de Apelação de Paris afirma que o *exequatur* de uma sentença arbitral estrangeira só pode ser denegado em face das hipóteses taxativas do artigo 1.502 do Novo Código de processo civil francês. Ocorre que este dispositivo não reproduz o art. V, 1, e, da Convenção

⁴³ CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [S.I.]: v.3, n. 9, p. 207-251, abr./jun. 2006. Pág. 5

⁴⁴ DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, 7ed. 1978 p.101. In STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTR, 1996.

⁴⁵ Corte de apelação de Paris, 14.01.1997, *République Arabe d’Egypte c/ Sociéte Chromalloy Aeroservices*, *Journal du Droit International*, 1998, p. 750, notas de E. Gaillard,

de Nova Iorque, logo a Corte considerou que a anulação da sentença arbitral (ou suspensão dos seus efeitos) no país *ad quem* não configura causa obstativa de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. Nesse passo, cabe transcrever trecho da decisão:

Considérant qu'ainsi le juge français ne peut refuser l'exequatur que dans les cas prévus et limitativement énumérés par l'article 1502 du Nouveau code de Procédure Civile qui constitue droit national en la matière et dont la société Chromalloy est dès lors fondée à s'en prévaloir ;

Et considérant que cet article 1502 du nouveau code de procédure civile, ne retient pas au nombre des cas de refus de reconnaissance et d'exécution, celui prévu par l'article V de la convention de 1958 dont l'application doit en conséquence écartée ; [...]

Por seu turno a jurisprudência americana, embora tenha homologado uma sentença arbitral anulada (mesmo caso chromalloy), em outros dois leading cases refutou a homologação. Assim, não se pode afirmar a existência de uma jurisprudência assente como a francesa, entretanto cumpre aqui citá-las pela relevância de suas fundamentações.

No primeiro caso a sociedade Baker Marine pede a homologação de sentença arbitral proferida na Nigéria e posteriormente anulada pelo Judiciário do aludido país. A corte de apelação dos Estados-Unidos rejeita o pedido sob o argumento de que a convenção arbitral não faz referência às leis americanas e, portanto Baker marine não pode invocar o art. VII, §1º da Convenção de Nova Iorque para aplicar o Federal Arbitration Act, que constitui norma mais favorável por não prever os motivos que ensejaram a anulação na Nigéria.⁴⁶

No caso Spier a Corte distrital dos Estados Unidos se valeu do mesmo argumento, *in verbis*:

Spier seeks to apply domestic United States arbitral law in order to escape the Italian court's nullification of an Italian award.

[...]

There is no basis for applying American law to the rights and obligations of the parties, including dispute resolution by arbitration. Just as did Baker Marine, Spier and Tecnica contracted in a foreign state; the governing agreement make no reference to United States law; and nothing suggest that the parties intended United States domestic arbitral law to govern their

⁴⁶ Corte de apelação dos Estados-Unidos para o Segundo circuito, 12.08.1999, Baker marine (Nig.) Ltd. V. Danos and Curoles Marine Contractors.

disputes.⁴⁷

Finalmente, não é possível afirmar com certeza qual é a interpretação legítima, pois se, de um lado, a Convenção visa garantir uma coordenação internacional do controle da sentença arbitral evitando, assim, que uma decisão anulada seja reconhecida em outro país; de outro lado, a existência da regra da cláusula mais favorável comprova o objetivo da convenção de conferir eficácia máxima à sentença arbitral.

No que tange à obrigatoriedade, impende ressaltar que esta se reporta à definitividade da sentença em sede arbitral, isto é, o laudo só não será obrigatório se discutível perante o órgão arbitral que o prolatou, ou ainda perante outro órgão arbitral, constituído ou não para este fim. Na prática a utilização dessa causa obstativa é rara, tendo em vista que poucas são as convenções de arbitragem que preveem o direito a recurso interno.

Nesse esteio, Carlos Alberto Carmona pontua que “a prática brasileira confirmou o que ocorre nos países onde este meio alternativo de solução de litígios se consolidou: a arbitragem brasileira não se “processualizou” entre nós, de tal sorte que não se tem notícia de órgão arbitral institucional que preveja, em suas regras, a possibilidade de revisão da sentença arbitral, não havendo também notícia de arbitragem ad hoc que tenha encampado a ideia de um recurso interno.”⁴⁸

O mais frequente, portanto, é que as partes acordem previamente a ter o laudo por obrigatório, o que pode ser feito pela adoção do regulamento de uma instituição de arbitragem que contenha determinação neste sentido. De fato, os principais centros de arbitragem preveem regra deste gênero em seus regulamentos como, *verbi gratia*, a Câmara de Comércio Internacional no artigo 28 de seu regulamento interno, que a seguir se transcreve:

Todo laudo obriga as partes. Ao submeter a controvérsia à arbitragem segundo o presente regulamento, as partes comprometem-se a cumprir o laudo sem demora e renunciam a todos os recursos a que podem validamente renunciar.

⁴⁷ Corte distrital dos Estados-Unidos para o Distrito sul de Nova Iorque, 22.10.1999, Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecna S.p.A

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007

6.7 OBJEÇÕES AO PLEITO HOMOLOGATÓRIO

6.7.1 LITÍGIO NÃO ARBITRÁVEL

Primeiramente, deve-se atentar para o fato de que a questão da arbitrabilidade está inserida em um espectro maior, que é a ordem pública. Entretanto, justifica-se a sua disposição apartada, tanto na Lei de Arbitragem (artigo 39, I), quanto na Convenção de Nova Iorque (art. V, 2, a), por tratar-se de causa impeditiva de homologação ensejadora de discussões próprias.

A arbitrabilidade pode ser analisada, de um lado, no tocante à capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva) e, de outro lado, no que tange a possibilidade de a matéria em discussão ser submetida à arbitragem (arbitrabilidade objetiva).

Cada Estado é soberano para delimitar quais matérias são passíveis de apreciação pelo juízo arbitral. Assim, uma questão arbitrável no ordenamento jurídico A, pode não o ser no ordenamento B. O problema surge quando pleiteia que uma sentença arbitral prolatada em A seja reconhecida no país B, o que implicaria sobrepujar a ordem pública deste país para o atendimento de interesses privados.

Por conta desta problemática, elencou-se a arbitrabilidade do litígio como hipótese obstativa de homologação, que deverá então ser suscitada de ofício, por atentar contra a soberania nacional.

Segundo a Lei de Arbitragem, os litígios passíveis de resolução pela via arbitral são aqueles *relativos a direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1).

Conforme Plácido e Silva, “direito patrimonial é designação de caráter genérico dada a toda sorte de direito que assegure o gozo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente⁴⁹”.

Por seu turno, diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido pelo seu titular sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.

⁴⁹ DE PLACIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico”, 23ª ed., Forense, 2003, atualizado por NAGIB SLAIBI FILHO E GLÁUCIA CARVALHO

Assim, são disponíveis – do latim *disponere* – aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o titular plena capacidade jurídica para tanto.

No direito positivo, a questão é tratada nos artigo 852 do código civil, *in verbis*:

É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Carlos Alberto Carmona discerra a questão da disponibilidade do direito da seguinte maneira:

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família- e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.⁵⁰

Ressalva-se, contudo as consequências exclusivamente patrimoniais destas espécies de direitos. Com efeito, nada obsta que a determinação do quantum a ser recebido a título de alimentos, ou ainda a fixação da responsabilidade civil derivada de fato delituoso possam constituir o objeto do juízo arbitral.

Discute-se, igualmente, a questão da arbitrabilidade no que tange relações jurídicas, em que presente a desigualdade das partes, como as relações consumeristas e as de trabalho.

Quanto às primeiras, reporta-se ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), artigo 51, VII, que define como cláusula abusiva toda aquela que determine a *utilização compulsória da arbitragem*. Percebe-se que o referido diploma não proíbe o recurso à arbitragem, mas tão-somente impede que esta seja imposta unilateralmente ao consumidor pelo fornecedor. Portanto, havendo acordo de vontades no sentido de submeter o litígio à arbitragem, não há que se falar em óbice legal. Mormente tendo em vista o caráter

⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007

disponível dos direitos aduzidos nas pretensões consumeristas.

A Lei de arbitragem, por sua vez, dispensa tratamento específico aos contratos de adesão; avenças que se caracterizam “pela desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, umas das partes, o polícitantes, impõe à outra – o oblato – as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de tal sorte que o oblato congece a anuir à proposta do polícitante.”⁵¹

Dito isso, passa-se à análise do artigo 4º, par.2, da supracitada legislação, *ipsis litteris*:

Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar espressamente, com sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Nota-se, de pronto, que o mencionado parágrafo lida com duas hipóteses: a primeira submete a eficácia da cláusula à iniciativa do oblato; a segunda, por sua vez, exige a concordância expressa do aderente, seja através de documento escrito que se reporte ao contrato, seja por meio de visto especial na cláusula compromissória inserida no contrato, que deverá, neste caso, estar em destaque.

Sobre a *ratio essendi* da norma em comento, Nery Junior assevera:

“Estas circunstâncias especiais são exigíveis para dar-se validade e eficácia à cláusula compromissória constante de todo e qualquer contrato de adesão, seja ou não de consumo. O objetivo da norma é propiciar maior proteção ao aderente, de modo a dar eficácia à cláusula quando não restar nenhuma dúvida de que o aderente a queria realmente e que tinha pleno conhecimento do conteúdo e das conseqüências da cláusula. Do contrário, se for instituída apenas no interesse do estipulante, não pode ser válida nem eficaz.”⁵²

Diante do exposto, conclui-se que na seara consumerista a cláusula compromissória é válida e eficaz entre os contratantes, desde que preencha os requisitos

⁵¹ Conf. Maria Helena Diniz, curso de Direito civil Brasileiro, v.3, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, p. 71-72.

⁵² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e legislação extravagante, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág..949 e 96

mínimos assinalados no § 2º, artigo 4º da Lei 8.078/90.

Por fim, Joel Dias Figueira Junior ao analisar o aludido dispositivo aponta que “sua efetiva consecução no mundo dos fatos e do direito, em havendo resistência do consumidor aderente às estipulações nele contidas, há de ser analisada de maneira particular nos meandros das peculiaridades da hipótese vertente, e em sintonia com os fins sociais dos dois microssistemas (Leis 9.307/96 e 8.078/90) que devem se completar e não excluir.”⁵³

No tocante ao direito trabalhista, a resposta a questão da arbitrabilidade será diversa, segundo trate-se do âmbito coletivo ou individual do direito do trabalho. Pois, se por um lado, a utilização da arbitragem para a resolução de dissídios coletivos possui assento constitucional, segundo previsão expressa dos §§ 1º e 2º do art. 114 da constituição federal, diferentemente ocorre no campo do Direito Individual do Trabalho, em que pode se notar certa resistência à utilização da arbitragem por conta do caráter indisponível dos direitos trabalhistas. Neste sentido Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho doutrinam:

Ora, em função do princípio tradicional da irrenunciabilidade de direitos, há quem entenda que o juízo arbitral seria totalmente inaplicável às relações individuais de trabalho, o que tem encontrado respaldo nos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência.⁵⁴

De outro viés, cumpre assinalar que controvérsias oriundas de relações jurídicas findas estão ligadas exclusivamente a verbas indenizatórias, o que revela, portanto, a natureza disponível de tais direitos. A par disso, nem todos os direitos elencados pela Consolidação das Leis dos Trabalhos possuem caráter indisponível. Isto é, mesmo em sede de relações de trabalho em curso há largo espaço para atuação da vontade dos contratantes, revelando-se aqui também a disponibilidade do direito.

6.7.2 VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA

Primeiramente, cumpre ressaltar a complexidade e vastidão do tema, consectário da intrincada tarefa de se conceituar ordem pública. Com efeito, esta opinião é partilhada

⁵³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: Jurisdição e Execução: Análise Crítica da Lei 9.307/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág.288

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. II. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 232.

unanimemente na doutrina.

A despeito disso, Irineu Strenger, sintetizando seus elementos identificadores, logrou uma boa definição. Segundo o autor ordem pública é o “conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto.”⁵⁵

A ampla subjetividade do conceito tem como consectário certa discricionariedade conferida ao aplicador da norma em comento. Não obstante, ao valorar o conceito de ordem pública o magistrado deve ter sempre em vista o princípio da eficácia máxima da arbitragem, postulado fundamental da Convenção de Nova Iorque. Por conseguinte, esta causa obstativa não deve se prestar à proteção de regras nacionais de caráter dispositivo, mas tão somente a velar pelas normas fundamentais da ordem jurídica pátria.

Arnoldo Wald em artigo acerca do tema esclarece:

“Enquanto a norma imperativa é toda norma que não é supletiva ou dispositiva, ou seja, aquela que não pode ser afastada pela vontade das partes, a de ordem pública está vinculada aos valores fundamentais da sociedade.”⁵⁶

Com efeito, o simples fato de uma regra não poder ser derogada pelas partes, não significa que esta seja representante do interesse coletivo, estando, na verdade, relacionada, em diversos casos, a interesses estritamente privados.

Neste diapasão, a doutrina fala em efeito atenuado da norma cogente, de modo a evidenciar o maior grau de tolerância relativa a não observância de normas pátrias, pelas decisões proferidas no exterior. E o que a jurisprudência francesa denomina de *principe de l'effet atténué de l'ordre public*.

Nesse passo, relevante as considerações doutrinárias acerca da distinção entre ordem pública interna e internacional, porquanto apenas a última é levada em conta no reconhecimento de um laudo arbitral peregrino. (embora tal terminologia não seja unânime na doutrina).

⁵⁵ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996.

⁵⁶ WALD, Arnoldo. **Homologação de sentença arbitral estrangeira: discussão sobre a regra do exceptio non adimpleti contractus**. Revista de arbitragem e mediação. V.2, n. 7, p. 195-211, out/ dez. 2005

José Augusto Fontoura Costa e Rafaela Lacôrte Vitale Pimenta⁵⁷ a ordem pública é um prisma com diferentes facetas, a interna e a internacional. A primeira consubstanciada em normas que não podem ser afastados pela vontade das partes, isto é, toda regra revestida de imperatividade. Por outro lado, a faceta internacional é aquela incidente sobre leis, sentenças estrangeiras e atos praticados no exterior que busquem eficácia no território nacional; é mais restrita que a anterior, pois somente incide em caso de ofensa às normas basilares do foro.

Assim, enquanto a ordem pública interna denota a impossibilidade de derrogação de normas materiais, a ordem pública internacional funciona como verdadeiro filtro, impedindo que leis, sentenças (arbitrais ou estatais) e atos em geral tenham eficácia no território nacional se violadores dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Este entendimento foi corroborado no julgamento da SEC 802, em 17.08.2005, no qual os Ministros da Corte especial deferiram por unanimidade o pedido homologatório que havia sido impugnado sob a alegação de *exceptio non adimpleti contractus*. A corte entendeu tratar-se de questão não afeta à ordem pública e concedeu, portanto, força constitutiva a sentença arbitral estrangeira “*por ter sido emitida formal e materialmente de acordo com os princípios do nosso ordenamento jurídico*”

Arnoldo Wald, comentando o julgado em apreço concluiu que, “no acórdão da SEC 802, foi reiterado o princípio do controle limitado, que caracteriza a homologação, e firmada a conceituação da ordem pública internacional, como abrangendo os valores básicos consagrados pela nossa cultura e não se confundindo necessariamente com a totalidade das leis internas de direito civil e a interpretação que lhes dão nossos tribunais.”⁵⁸

Nesta mesma linha de raciocínio Adriana Noemi Pucci afirma que:

Com muita felicidade, o STJ limitou os contornos de aplicação deste vasto conceito que é a ordem pública, evitando, dessa forma, um uso abusivo e desmedido do instituto, confirmando, uma vez mais, o que os operadores do direito esperavam do STJ, decisões progressistas,

⁵⁷ FONTOURA COSTA, José Augusto; VITALE PIMENTA Rafaela Lacôrte. **Ordem Pública na Lei 9.307/96**. In . Arbitragem : lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999, Pág. 377.

⁵⁸ WALD, Arnoldo. **A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Relação às Sentenças Arbitrais**. Revista de arbitragem e Mediação, v.3, n.8, p.7-16, jan/mar 2006.

que procuram desvendar a realidade, evitando o excessivo rigorismo formalista.⁵⁹

Por fim, em que momento deve-se apreender o conceito de ordem pública para fins homologatórios? André de Albuquerque Abbud leciona que “a fim de se saber se esse óbice incide ou não sobre a sentença arbitral estrangeira, deve-se confrontá-la com a concepção atual do conceito, isto é, aquela vigente na ordem jurídica e social no momento da deliberação, e não no ato de proferimento do julgado no exterior.”⁶⁰

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a pesquisa relativa à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, foi possível sistematizar as seguintes premissas, expendidas a seguir:

1. A arbitragem é uma técnica heterocompositiva de solução de conflitos, instituída através de uma cláusula arbitral, em que as partes confiam a um terceiro imparcial a missão de resolver uma controvérsia, sendo que esta decisão obriga às partes, tal qual uma sentença judicial. Quanto à natureza jurídica da arbitragem, há fortes argumentos jurídicos que demonstram o caráter jurisdicional do instituto em apreço. Dentre os quais, destaca-se o artigo 31 da Lei de Arbitragem, que confere ao laudo arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial.

2. A intensificação das relações comerciais internacionais trouxe como conseqüência um aumento significativo no número de conflitos de índole internacional. Constatou-se que, devido às peculiaridades encerradas nestes conflitos, o modelo judiciário não se revela o meio mais adequado, tampouco desejado pelos envolvidos numa controvérsia internacional. Com efeito, a desconfiança no sistema judiciário alheio, aliado à complexidade técnica dos conflitos internacionais, levou os atores do comércio internacional a buscarem

⁵⁹ PUCCI, Adriana Noemi. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. In Arbitragem. São Paulo, SP : Atlas, 2007.

⁶⁰ ABBUD, Carlos de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008

outras formas de solucionar seus conflitos, dentre as quais se destaca a arbitragem.

3. Verificou-se que esta procura pela arbitragem internacional resulta, outrossim, da possibilidade de as partes escolherem normas desvinculadas dos sistemas nacionais. Este fato deu azo ao surgimento da tese da especificidade da arbitragem internacional, que consiste em desvincular esta dos ordenamentos jurídicos estatais, superando, assim, as divergências existentes entres estes. Esta desvinculação, por sua vez, se concretiza pela aplicação de um conjunto de normas de caráter transnacionais, emanadas dos próprios atores do comércio internacional, cujo conteúdo reflete as práticas e costumes do comércio internacional. A este plexo de regras convencionou-se chamar *Lex Mercatoriat*.

6. Apurou-se que a definição de arbitragem internacional pode se dar através de critérios econômicos ou jurídicos. Consoante os primeiros é internacional a arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional, enquanto que os segundos baseiam-se em elementos objetivos, como nacionalidade das partes, local onde deve ser cumprida a obrigação, etc. A fim de se evitar os inconvenientes de cada critério, propõe-se uma aplicação alternativa de ambos, assim, será internacional, tanto a arbitragem que coloque interesses do comércio internacional em jogo, quanto aquela que possua elementos objetivos de conexão com o estrangeiro. A relevância de se distinguir a arbitragem internacional da doméstica reside no fato de que somente às primeiras aplica-se o regime da homologação.

7. A Lei da Arbitragem (lei 9.307/96) alterou significativamente o regime de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Isto porque, acabou com necessidade do duplo exequatur, bem como estabeleceu que a citação feita nos moldes da convenção de arbitragem não ofende a ordem pública, ou seja, aboliu a exigência de citação mediante carta rogatória. Estas duas alterações promovidas pela supracitada lei facilitaram a homologação das sentenças arbitrais peregrinas a tal ponto que, pode se observar um aumento do número de pedidos homologatórios perante a STJ durante a última década. Outra inovação trazida pela lei é o mandamento insculpido no artigo 34, no sentido de determinar a primazia dos tratados internacionais sobre a legislação doméstica, no que tange o reconhecimento e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Também esta modificação contribui para o fortalecimento do processo homologatório na Brasil, uma vez que permitiu a aplicação direta da Convenção de Nova Iorque, que é hoje o instrumento convencional mais avançado na matéria.

8. A convenção de Nova Iorque conta com uma ampla adesão a nível mundial, e

por isso, é considerada o instrumento máximo em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. A Convenção conta com uma série de dispositivos que visam conferir eficácia máxima à arbitragem, são eles: *more favourable right provision*, trata-se regra insculpida no artigo VII que, em síntese, permite ao interessado em obter o reconhecimento de uma sentença arbitral se valer de instrumentos outros que a convenção, desde que sejam mais favoráveis ao reconhecimento; inversão do ônus da prova, consoante caput do artigo V, cabe a parte contra qual o reconhecimento da sentença foi invocado de demonstrar a existência de causas obstativas à homologação e, por fim, a obrigatoriedade da homologação, pois conforme o artigo III, os Estados signatários se comprometem a reconhecer as sentenças arbitrais estrangeiras nos termos da Convenção.

9. A Lei Modelo da UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional – foi criada com o intuito de auxiliar os Estados que quisessem modernizar suas legislações. Verificou-se que a supracitada lei logrou grande êxito, uma vez que desde sua edição, quase todos os Estados que reformaram sua legislação interna de arbitragem a levaram em consideração.

10. Frequentemente, a efetividade de uma arbitragem depende da irradiação dos efeitos do laudo arbitral para além do território onde foi prolatado. Para que uma sentença arbitral estrangeira seja eficaz no Estado brasileiro, imprescindível que seja previamente homologada/ chancelada pela autoridade competente. A homologação no Brasil se dá por meio de um juízo deliberatório. Em outras palavras, o Poder Judiciário verifica se a sentença estrangeira preenche determinados requisitos, a fim de que possa ingressar no ordenamento jurídico brasileiro.

11. Mostrou-se que, a doutrina que melhor explica a função do juízo deliberatório é a da *condicio iuris*. Consoante esta teoria, a delibação é uma condição legal necessária para que a sentença arbitral estrangeira irradie seus efeitos em território nacional. Isto implica dizer que a homologação não concede novos efeitos ao *decisum*, tão somente autoriza a produção dos seus efeitos. De outro modo, o mérito da sentença homologada não se confunde com o mérito do processo homologatório. Do exposto, conclui-se que a homologação possui natureza contenciosa, pois, além de possuir mérito próprio, é possível que a parte contra quem se invoca o reconhecimento da sentença, se oponha a liberação dos efeitos da sentença, inaugurando-se verdadeiro contraditório. Por outro lado, verificou-se que essa

contenciosidade é limitada, porquanto as questões de mérito que podem ser levantadas no processo homologatório se restringem a um elenco taxativo estabelecido em lei. Por fim, apurou-se que a sentença homologatória é sempre constitutiva, independentemente do seu conteúdo, porque inaugura situação jurídica nova que é a liberação dos efeitos da sentença peregrina.

12. Verificou-se que, segundo a sistemática processual brasileira, toda eficácia decisória da sentença arbitral estrangeira em território nacional está condicionada ao controle deliberatório. Apenas a força probante da decisão estrangeira não se subordina à homologação, porquanto neste caso o *decisum* estrangeiro figura apenas como elemento de prova a ser valorado pelo juiz nacional.

13. Com o advento da Emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a competência para homologação de sentenças estrangeiras, outrora do Supremo Tribunal Federal, foi transladada para o Superior Tribunal de Justiça. Esta alteração sofreu tanto críticas positivas quanto negativas, pois, se de um lado felicitou-se o fato de dita função pertencer a um Tribunal mais progressista, de outro, lamentou-se que a mudança em nada contribuiu para a celeridade do processo homologatório, tendo em vista a grande sobrecarga do E. STJ.

14. Quanto ao procedimento, em face da remissão feita pelo artigo 36 da Lei de arbitragem, aplicam-se os artigos 483 e 484 do Código de Processo civil. Por sua vez, o parágrafo único do artigo 483, estabelece que a homologação obedecerá ao Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, diante da alteração de competências promovida pela EC 45, o RISTF foi revogado pela Resolução nº 9 de 4 de maio de 2005, editada pelo STJ a fim de reger, ainda que transitoriamente, o procedimento relativo à homologação.

15. O artigo 37 da Lei de arbitragem determina que a petição inicial do pleito homologatório deverá observar todos os requisitos exigidos pela lei processual. Inferiu-se que, tal exigência reforça ainda mais a tese da natureza contenciosa da homologação. Por sua vez, os artigos 38 e 39 delimitam quais são as matérias que podem compor o mérito do processo homologatório, sendo que aquelas previstas no artigo 38 devem ser suscitadas pela parte contra a qual se invoca a sentença.

16. A primeira exceção prevista pela Lei de Arbitragem ao pleito homologatório é

a incapacidade das partes. Porque a supracitada lei não explicita qual será a legislação parâmetro para aferir a capacidade das partes, entendeu-se que, por se tratar de uma questão de ordem pública, aplica-se a lei pessoal do indivíduo, que no Brasil corresponde à lei do domicílio (*ius domicilii*), consoante o artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil. Descartou-se, assim, a possibilidade de examinar a capacidade dos contratantes segundo a lei escolhida por estes para reger a arbitragem. No tocante à capacidade do Estado e suas emanções para figurarem como partes numa arbitragem, concluiu-se que: não havendo qualquer princípio geral que se oponha à esta participação e, considerando a atual realidade econômica, na qual o Estado atua paralelamente à iniciativa privada, admite-se o recurso pela Administração ao juízo arbitral. Em outras palavras, a arbitrabilidade subjetiva de litígios envolvendo o Poder Público será admitida sempre que a relação jurídica por ele travada for regida por normas de direito privado. Por fim, chegou-se à ilação de que não há ofensa ao princípio da legalidade, porquanto a autorização legal está insculpida no artigo 1º da Lei de Arbitragem.

17. A segunda exceção elencada pela Lei 9.307/96 é a invalidade do acordo arbitral. A doutrina ensina que a validade do acordo deve ser aferida tendo como parâmetro as normas escolhidas pelas partes para reger a convenção de arbitragem. Para tanto, as partes podem optar por regras de uma legislação doméstica, tratado ou ainda regulamento interno de uma instituição arbitral. Viu-se que, se de um lado, a Lei de Arbitragem exige a forma escrita como requisito de validade formal da convenção de arbitragem, de outro, a Convenção de Nova Iorque, embora exija o acordo escrito para que o acordo seja válido, contem regra insculpida no artigo II, 2 que mitiga esta exigência ao aceitar a cláusula compromissória tácita, isto é, a cláusula contida em cartas ou telegramas. Verificou-se, contudo, que jurisprudência do STJ tem se mostrado oscilante relativamente a este tema. Isto porque, ao passo que os julgamentos relativos às SEC 967 e 866, reconhecem a validade da cláusula compromissória tácita, em decorrência da aplicação do artigo II, 2, outros julgados, mais recentes, como o da SEC 856, negam a validade do acordo contido em cartas ou telegramas. Dissente-se deste último posicionamento do E. Tribunal, porquanto contrário a regra exarada pelo artigo 34 da Lei de Arbitragem, que determina a primazia dos tratados internacionais relativos à matéria. Finalmente, constatou-se que a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato que a contém é um princípio mundialmente aceito e, implica em que a invalidade do contrato não afeta a validade da cláusula compromissória.

18. A terceira *exceptio* legal à homologação de um laudo arbitral peregrino é a falta de notificação, ou ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Trata-se de causa obstativa que tem por escopo assegurar uma das facetas do devido processo legal, que são as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. No exame desta exceção, o juiz deve ter como parâmetro as regras escolhidas pelas partes para reger a arbitragem. Isto porque, o artigo 39, parágrafo único da Lei de Arbitragem, afirma ser válida a citação realizada nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem. Ainda consoante este dispositivo, o único requisito da citação é que esta assegure à parte brasileira tempo suficiente para exercitar sua defesa. Neste tocante, verificou-se que a jurisprudência do STJ relativa às SEC 874 e 507, chancelou o dispositivo legal em apreço ao homologar os laudos arbitrais com fundamento na efetividade do ato citatório. Por outro lado, dissentiu-se, *data vênia*, do teor do julgado referente à SEC 833, que indeferiu a homologação pela falta de citação mediante carta rogatória, um requisito de validade anterior à Lei de arbitragem, e não mais exigido por esta.

19. A quarta exceção ao pedido homologatório é a alegação de sentença *extra ou ultra petita*. Constatou-se que o princípio da congruência é perfeitamente aplicável ao laudo arbitral. Dessa forma, a sentença arbitral não pode decidir mais ou fora daquilo que fora estipulado na convenção de arbitragem, sob pena de a parte excedente ou estranha não ser homologada. Conclui-se que, esta solução dada, tanto pela lei de arbitragem, quanto pela convenção de Nova Iorque se ampara na teoria dos capítulos da sentença, bem como no princípio do aproveitamento dos atos processuais.

20. A quinta hipótese obstativa da homologação é, nos termos da Lei de Arbitragem, o desacordo entre a constituição do tribunal arbitral e a convenção de arbitragem. Concluiu-se que, o dispositivo da Lei 9.307/96, por ser menos exigente, pode ser invocado pelo autor da demanda homologatória, em detrimento da disposição correlata da Convenção de Nova Iorque. Não há nesta hipótese violação ao artigo 34 da Lei de Arbitragem que determina a primazia dos tratados internacionais, já que a própria Convenção admite que a parte interessada reporte-se a uma outra legislação, desde que mais favorável ao reconhecimento.

21. A sexta, e última, exceção ao pleito homologatório é a sentença arbitral ainda não obrigatória para as partes, ou ainda a sentença arbitral anulada. Verificou-se que, a

jurisprudência francesa tem invocado a regra do direito mais favorável de modo a não considerar esta exceção. Isto porque o artigo 1502 do CPC Frances não prevê como hipótese obstativa à homologação o fato de a sentença arbitral ter sido anulada.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, Carlos de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008

BAUM, Axel. **International Arbitration: the Path towards Uniform Procedures**. Liber Amicorum in honour of Robert Briner, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. **Lei da Arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAIVANO, Roque J.. **Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros**. In Arbitragem Comercial Internacional. São Paulo: Ltr, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: LTR, 1999.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [S.I.]: v.3, n. 9, p. 207-251, abr./jun. 2006

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A Emenda Constitucional 45/2004 e a homologação de sentença estrangeira**. In O Direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.1-8.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. **Droit international public**. 7ed. Paris Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006.

COSTA, José Augusto Fontoura ; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. **Ordem Pública e**

arbitragem. In. Arbitragem : lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, vol.1, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial e antecipação dos efeitos da tutela, vol. 2, 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem; MEDEIROS Suzana. **Direito Internacional Privado:** (parte especial): Arbitragem comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. **Ordem Pública e arbitragem.** In Arbitragem: lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999.

FERNANDES, Micaela Barros. **Laudos Arbitrais Estrangeiros. Reconhecimento e Execução. Teoria e prática,** Curitiba: Juruá, 2004.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: Jurisdição e Execução: Análise Crítica da Lei 9.307/96.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FONTOURA COSTA, José Augusto; VITALE PIMENTA Rafaela Lacôrte. **Ordem Pública na Lei 9.307/96.** In . Arbitragem : lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999.

FUX, Luiz. Homologação de sentença estrangeira. In TIBURCIO, Carmem, BARROSO, Luis Roberto. (org.). **O direito Internacional Contemporâneo.** Rio de janeiro: Renovar, 2006. p. 643-649

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Vol. II. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HILL, Flávia Pereira. A homologação de sentença estrangeira de acordo com a resolução nº 9 do STJ. **Revista dialética de Direito Processual**, n. 53, ago. 2007.

JUSTINO, Gustavo Henrique. **A arbitragem e as parcerias publico-privadas.** Revista

eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, instituto de Direito Público da Bahia, n 2, mai/jun/jul.,2005.

LEE, João Bosco. **A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem.** In Arbitragem – estudos em homenagem ao professor Guido Fernando da Silva.

LEE, João Bosco. **Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional.** 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: LTR, 1999.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Os Princípios Jurídicos da Lei de arbitragem.** In Arbitragem : lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999.

LEMES, Selma M. Ferreira. **A especificidade da Arbitragem Comercial Internacional.** In . Arbitragem: lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: LTR, 1999.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **A definição de sentença arbitral estrangeira.** *Revista de mediação e arbitragem*, v.3, n.9, p.62-71, abr./jun. 2006.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Questões que envolvem a homologação de sentença arbitral estrangeira.** In Arbitragem : lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista. **A recepção nacional às sentenças arbitrais Prolatadas no Exterior.** In aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos Atinentes às Disposições Gerais.** In Arbitragem : lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.** *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.7, n.37.

OLIVEIRA, Mateus Soares de. **Da competência da STJ no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: inovações incorporadas pela EC/ 45.** *Revista Jurídica da Universidade de Franca, Franca, SP*, v.8 , n.14, p. 247-252, 2005.

PUCCI, Adriana Noemi. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.** In Arbitragem.

São Paulo, SP : Atlas, 2007.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem Privada Internacional, depois da nova lei 9.307 de 23.09.96: teoria e prática.** 2.ed.rev; atual e ampl., São Paulo: revista dos Tribunais, 2001.

SANTULLI, Carlo. **Droit du contentieux international.** Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

SOUZA JR., Lauro da Gama. **Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.** In Arbitragem : lei brasileira e a praxe internacional 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP : LTR, 1999.

SOUZA JR., Lauro da Gama. **O STJ e a Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: novas perspectivas?** In Revista Brasileira de Arbitragem. V. 2, n.5, p.62-66, jan/mar 2005.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional.** São Paulo: LTR, 1996.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem internacional. Conceitos Básicos.** In Arbitragem Comercial Internacional. São Paulo: Ltr, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Homologação de sentença estrangeira: ofensa à ordem pública.** Revista do Advogado, v. 26, n. 88, p. 75-87, Nov.2006.

WALD, Arnoldo. **Homologação de sentença arbitral estrangeira: discussão sobre a regra do exceptio non adimpleti contractus.** Revista de arbitragem e mediação. V.2, n. 7, p. 195-211, out/ dez. 2005.

WALD, Arnoldo. **A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em Relação às Sentenças Arbitrais.** Revista de arbitragem e Mediação, v.3, n.8, p.7-16, jan/mar 2006.

WALD, Arnoldo; GALINDEZ,Valeria. **Homologação de sentença arbitral estrangeira: contrato não assinado: desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória.** Revista de Mediação e Arbitragem, v.2, n.6, p. 228-245, jul./set. 2005.